Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XII.

Beyträge zur Lehre von der Datirung des Pfandrechts.

Von Herrn Dr. Ferdinand Carl Theodor Hepp, Privatdocenten zu Heidelberg.

In meiner zu Leipzig 1825 erſchienenen Inauguralſchrift: ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat? (S. 193. 8.) habe ich, ſo viel mir bekannt, dieſe ſo wichtige Lehre zuerſt in ihrem ganzen Umfange bearbeitet, und dabey die Freude gehabt, in zwey auf einander folgenden Anzeigen eine günſtige und wohlwollende Aufnahme derſelben zu erleben. Die erſtere, von Herrn Prof. Z(immern), ſteht in Schunk's Jahrbüchern der geſammten Deutſchen juridiſchen Litteratur, B. 2. H. 3. S. 246 — 53; die zweyte (ausführlichere), von Herrn M. S. Mayer, in der Tübinger critiſchen Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft, Bd. 2. H. 1. S. 71 — 94. Indeß war bey der großen Schwierigkeit der Materie, eine Verſchiedenheit der Anſichten und Meinungen unvermeidlich. Da es nun aber gleichviel iſt, an welchem Orte dieſe Einwendungen vorgetragen wurden, und ich der vorgebrachten Gegengründe ungeachtet, dennoch Urſache zu haben glaube, wenn auch nicht unbedingt, doch in vielen Fällen, bey meinen früheren Anſichten ſtehen bleiben zu dürfen: ſo

chen doch tit. de publ. act. und rei vindicatione vorkommen, noch eine Gleichſtellung des domin. und der bon. fidei possessio; da ſchwerlich Juſtinian die Vergangenheit mit der Zukunft: den geſchehenen Erwerb mit dem zu hoffenden Erwerb des Eigenthums verſchmelzen konnte!

habe ich bey der practiſchen Bedeutung dieſer Lehre, und aus Furcht nicht nur vor dem Namen einer Anticritik, ſondern auch vor der Sache ſelbſt, dieſes Archiv als den geeignetſten Platz gewählt, um darin, wo möglich, eine Rechtfertigung meiner früheren Ideen niederzulegen. Doch erſtreckt ſich dieſelbe begreiflicherweiſe — denn ſie ſoll ja nicht Anticritik ſeyn, nur auf einzelne Theile, nicht auf den geſammten Inhalt der obigen Anzeigen; und eben ſo wenig kann es mir in den Sinn kommen, dieſe Lehre ihrem ganzen Umfange nach, hier noch einmal vorzutragen. Denn dazu bedürfte es eines größeren Raumes, und mehr Zeit, als ich für jetzt darauf verwenden kann. Daher beſchränke ich mich denn bloß auf einige Beyträge zu dieſer Lehre. Mein Wunſch iſt indeß, falls ſich die Sache wirklich lohnen ſollte, meine Schrift gelegentlich einmal, und zwar in Deutſcher Sprache, wieder umzuarbeiten. Denn auf Inaugural-Diſſertationen ruht nun einmal ein gewiſſer unheilbringender Segen, der, leider! bey den Erfahrungen unſerer Tage immer mehr an Kraft gewinnt. Dabey würde ich denn allerdings Urſache haben, die mannichfachen, mir ertheilten Winke zur Umänderung und Verbeſſerung einzelner Theile derſelben, dankbar zu benutzen.

Ich glaubte bey der ganzen Lehre rein dogmatiſch verfahren zu müſſen, und ſuchte mich daher, für die einzelnen Fälle der Anwendung, in den Beſitz eines allgemeinen Princips oder Hauptgrundſatzes zu ſetzen, unter welches das Einzelne nur ſubſumirt zu werden brauchte, um demgemäß den Zeitpunkt der Entſtehung des Pfandrechts für jeden zutreffenden Fall von ſelbſt zu entdecken. Dieſes allgemeine Princip leitete ich aus dem geſetzlichen Begriff, oder aus der Natur und dem Weſen der *obligatio* ab, und es kommt hier natürlich Alles darauf an, daß wir daſſelbe auf jede Weiſe vor Einwendungen ſicher ſtellen, und bewahren. Denn, je nachdem der Grundſatz anerkannt oder verworfen wird, ſtehen und fallen auch die daraus hergeleiteten Folgen.

Da ich mir nun nicht der inconsequenten Anwendung meines Princips bewußt bin, gleichwohl einzelne Folgesätze aus demselben angegriffen und verworfen wurden: so hätte doch vor allen Dingen die Unhaltbarkeit des Grundsatzes selbst dargethan werden müssen, was gleichwohl nicht geschehen ist. Mir scheinen daher die verschiedenen Streitfragen, zu welchen meine Abhandlung den Anlaß gegeben hat, durch die Beantwortung der einzigen, und Hauptfrage erledigt zu werden: Ist das von mir aufgestellte Princip aus den Gesetzen selbst abgeleitet, und daher rechtlich begründet, oder ist es blos willkührlich ersonnen, und könnte daher nach Belieben mit jedem andern vertauscht werden? Ist es das wahre, ist es das nothwendige Princip: so sehe ich nicht ein, wie man die Folgen desselben zu läugnen vermag; es müßte denn seyn, daß die von mir daraus abgeleiteten Folgesätze nicht wahre, sondern bloß erdichtete Folgesätze wären — mit a. W. ich müßte mir dann eine inconsequente Anwendung des Grundsatzes selbst haben zu Schulden kommen lassen. Beydes: daß das Princip selbst das wahre, nothwendig und rechtlich begründete sey; und daß dasselbe von mir auf die einzelnen (bestrittenen) Fälle logisch richtig, und mit strenger Consequenz angewandt worden sey: dieß ist es, was ich hier zu erweisen mich bemühen werde. Ergibt sich freylich aus diesen Thatsachen die Richtigkeit der von mir vorgetragenen Ansichten, d. h. der einzelnen, unter den Grundsatz subsumirten, bestrittenen Fälle schon von selbst: so halte ich um der größeren Sicherheit willen, und zugleich um nicht dem Vorwurf der Einseitigkeit zu unterliegen, doch für nöthig, mich außerdem noch speciell auf die Haltbarkeit, oder Unhaltbarkeit der im Einzelnen vorgetragenen Einwendungen einzulassen; auch schon aus dem Grunde, weil vielleicht die Gesetze selbst (und auf diese beruft man sich eben häufig) ausnahmsweise eine andere Ansicht aufgestellt haben könnten, und überhaupt jeder vernünftige, wenn auch nur scheinbar

begründete Einwand, nicht allein von Außen her, sondern zugleich in sich selbst widerlegt seyn will.

Es läßt sich erwarten, daß das Römische Recht den Grundsatz, nach welchem wir fragen, nicht selber ausgesprochen habe. Wir finden für unsere Lehre (wie überall) nur eine Reihe von Entscheidungen nach einem gewissen Princip, welches aufzufinden uns mithin überlassen ist. Daß wir dasselbe aufsuchen müssen, ist, wie schon der Augenschein lehrt, eine unerläßliche Pflicht. Denn woher sonst in den übrigen Fällen, über die das Römische Recht nicht entschieden hat (und diese bilden eben die Mehrzahl), die rechtlichen Momente und Daten für ihre Beurtheilung hernehmen? Gleichwohl haben wir das Princip nicht sowohl aus diesen einzelnen Fällen der Anwendung zu abstrahiren — denn in sich selbst sind sie ja nur Folgesätze eines allgemeinen Grundsatzes; sondern wir müssen unser Princip aus denjenigen Thatumständen, rechtlichen Verhältnissen, oder Rechtsgrundsätzen abstrahiren, aus welchen auch die Römischen Rechtslehrer ihr Princip schöpften, und schöpfen mußten, ohne daß sie es uns jedoch nennen.

Wir können daher, einstweilen unbekümmert um die einzelnen Entscheidungen des Römischen Rechts, die Frage ganz im Allgemeinen dahin aufwerfen: Welches kann nur das Princip für die Zeit der Entstehung des Pfandrechts aus gegebenen (positiven) Rechtsverhältnissen seyn? Denn es versteht sich von selbst, daß wir in einer durchaus positiven Lehre, wie das Pfandrecht ist, nicht aus willkührlich ersonnenen, blos möglichen, sondern nur aus wirklichen (gegebenen) rechtlichen Verhältnissen die Vordersätze für unseren Schlußsatz hernehmen können. Haben wir nun auf diese Weise den Grundsatz als den einzig möglichen erkannt: so halten wir ihn, zur Prüfung seiner Aechtheit, an die einzelnen Entscheidungsfälle des Römischen Rechts; und finden wir, daß diese Fälle auch nur nach diesem Princip so und nicht anders entschieden werden konnten: so haben wir damit

eine positive Bestätigung unseres Grundsatzes gewonnen. Das einzig mögliche Princip wird auf diese Weise zum einzig wirklichen. Denn das Gesetz selbst hatte es in den einzelnen Fällen seiner Anwendung vor Augen. Verhält sich die Sache so, und daß sie sich so verhalte, glauben wir mit Sicherheit beweisen zu können: so kann der consequenten Ableitung aus dem so gewonnenen Princip nichts weiter im Wege stehen. Nur das Einzige haben wir dabey zu beobachten, daß wir uns vor etwanigen Mißgriffen des Urtheilsvermögens, d. h. vor Fehlschlüssen bey der Subsumtion der einzelnen Entscheidungsfälle, sicher stellen und bewahren.

Mein Ideengang war nun dieser (Diss. cit. §. 2. und 3.): das Pfandrecht fängt in dem Augenblick an, wo die obligatio princ., und dasjenige, was den Pfandnexus begründet (der Vertrag, das Gesetz u. s. w.) — in Einen Moment zusammenfallen. Oder auch so: das Pfandrecht beginnt mit dem Momente, wo die Hauptverbindlichkeit (die obligatio principalis) mit der Nebenverbindlichkeit, welche das (vertragsmäßige, gesetzliche u. s. w.) Pfandverhältniß begründet, in dieselbe Zeit zusammenfällt. Dieß ergiebt sich aus der Natur der Sache. Denn, wie kann das Pfandrecht vor der obligatio principalis anfangen, da es ein bloßes accessorium derselben ist? Eine obligatio principalis ohne Pfandrecht ist zwar denkbar — denn sie ist etwas Selbstständiges; nicht aber dieses ohne jene. Ferner: wenn das Pfandrecht anfangen soll, so muß es doch erst wirklich werden, was auf mancherley Weise geschehen kann, durch Vertrag, Gesetz, richterliche Verfügung u. s. w. Aber bevor es existent geworden, kann von einem Anfange desselben nicht die Rede seyn. Ist es aber wirklich geworden, und zwar in Beziehung auf eine bestimmte obligatio principalis, auf deren Sicherstellung es abzweckt: so muß es mit dem Augenblick seiner Wirklichwerdung anheben. Denn, existirt die obligatio vor dem bestellten Pfandrechte: so existirt sie nur als solche; und existirt das Pfandrecht vor der obligatio: so existirt es

gar nicht. Alſo: beyde Momente, das Daſeyn einer obligatio principalis, und die Wirklichwerdung des Pfandrechts müſſen zuſammentreffen, und da, wo ſie zuſammentreffen, beginnt das Pfandrecht von eben dieſem Augenblick an.

Wir haben hier alſo eine doppelte Verbindlichkeit zu betrachten, die obligatio principalis, für welche das Pfandrecht auf die eine oder andere Weiſe beſtellt wird, und diejenige obligatio, oder das verbindende Verhältniß, welches den Pfandnexus begründet. Was gehört nun aber geſetzlich dazu, daß Jemand obligirt, daß er Schuldner (debitor) werde? Dieß müſſen wir vor allen Dingen wiſſen, weil der Mangel der geſetzlichen Bedingungen ſo gut die *obligatio principalis*, wenn auch nicht dem Begriff, doch der Wirkung nach (und darauf kommt es hier allein an) aufhebt — wie die *obligatio accessoria* (die Pfandverbindlichkeit), ſelbſt unter der Vorausſetzung einer bindenden oblig. principalis, dadurch aufgehoben wird. Denn es verſteht ſich von ſelbſt, daß, wenn Jemand nicht debitor ſchlechtweg ſeyn kann, er eben ſo wenig unter denſelben Bedingungen debitor hypothecarius ſeyn, d. h. als ſolcher belangt werden könne; und eben ſo begreift es ſich, daß die bindende obligatio principalis deshalb noch nicht einen bindenden Pfandnexus begründe. Soll daher das Pfandrecht für den debitor bindend (verbindlich) werden: ſo müſſen auch hier die allgemeinen Bedingungen einer rechtsgültigen obligatio vorhanden ſeyn. Eine Ausnahme macht nur das Legalpfand, welches, kraft einer ſpeciellen Rechtsregel, die bindende *obligatio principalis* mit innerer Nothwendigkeit begleitet. Dagegen kann z. B. der debitor aus einem pacto hypothecae nicht als debitor hypothecarius in Anſpruch genommen werden, wenn dieſes pactum in keiner Hinſicht eine obligatio, eine Zwangsverbindlichkeit, für ihn begründet.

Was heißt nun aber obligatio? Wie wird Jemand zum debitor des Anderen? Das Weſen der obligatio beſteht in der *necessitas*. Sie iſt, wie ich mich ausdrückte, juris

vinculum, qua *necessitate* adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum (Diss. p. 10. 12.) Denn, debitor heißt nach L. 108. D. de V. S. is, a quo *invito* exigi pecunia potest. Fehlt es an dieſer necessitas, kann der debitor nicht invito eo belangt werden: ſo exiſtirt in keiner Hinſicht eine verbindende obligatio. Der creditor kann alſo keine Rechte daraus für ſich ableiten. Es läßt ſich nun aber denken, daß das eingegangene Geſchäft:

1) von der Art ſey, daß der (angebliche) debitor in Beziehung auf die *obligatio* überhaupt, oder auf das Obligirtwerden in ſeiner Perſon, als ſolches, gar nicht gebunden iſt. Es iſt mithin ſeiner reinen Willkühr bloßgeſtellt, ob er überhaupt rechtsgültig obligirt ſeyn will, oder nicht. Hievon kann der Grund lediglich in der Form der Eingehung des Rechtsgeſchäfts liegen, d. h. dieſes iſt unter ſolchen Bedingungen eingegangen, daß es die *necessitas* ſchlechthin ausſchließt. Mag auch das Object des Geſchäfts noch ſo beſtimmt und unabänderlich feſtgeſetzt ſeyn: ſo kann der debitor, weil er in Anſehung des Obligirtwerdens überhaupt an keine necessitas gebunden iſt, doch nicht darauf belangt werden. Denn kann Jemand überhaupt nicht belangt werden: ſo iſt auch undenkbar, daß er wegen eines beſtimmten Objects, oder auf daſſelbe in Anſpruch genommen werde. Wäre alſo z. B. die obligatio principalis auf 1000 unter der Bedingung: si debitori ita placeret, eingegangen; ſo würde von einer rechtsverbindenden obligatio nicht die Rede ſeyn können; und da das accessorium das Schickſal ſeines principale theilt: ſo muß auch der für eine ſolche (angebliche) Schuldforderung beſtellte Pfandnexus ohne alle Wirkung ſeyn. Es iſt hier eine bloße Scheinforderung vorhanden, und eben ſo ein bloßes Scheinpfand beſtellt. Beyde haben rechtlich keine Gültigkeit, weil die *necessitas* fehlt. — Eben daſſelbe muß behauptet werden, wenn bloß die Beſtellung des Pfandrechts nicht bindend iſt, d. h. wenn daſſelbe als nicht obligirend, für eine gleichwohl verbindende

(rechtsgültige) obligatio principalis, angeordnet wird. Auch hier kann von keiner wirklichen, sondern nur von einer Scheinsicherstellung der Hauptschuld geredet werden. Denn der Schuldner hat es in seine reine Willkühr gestellt, ob er für die von ihm zu leistende Schuldforderung durch den bestellten Pfandnexus obligirt seyn will, oder aber nicht. Der angebliche Pfandgläubiger kann also auch hier aus einer solchen obligatio accessoria keine Rechte für sich ableiten, mag auch das Object des Pfandvertrags noch so bestimmt ausgesprochen seyn.

Das eingegangene Geschäft, welches die obligatio begründet, kann aber auch:

2) umgekehrt den debitor in Ansehung seiner Willkühr überhaupt binden, nur daß in Ansehung des Objects keine accessitas vorliegt; mit a. W. der debitor hat nicht das Obligirtwerden überhaupt, sondern nur das Obligirtwerden auf ein bestimmtes Object, seiner Willkühr anheimgestellt. Setzen wir z. B.: es verspricht Jemand einem Anderen, ihm Etwas zu schenken, ohne sich aber dabey im Entferntesten auf das Quantum und Quale des Objects einzulassen. Hier haben wir eine necessitas in Ansehung des Schenkungsversprechens überhaupt; d. h. der Andere erwirbt daraus im Allgemeinen ein Recht, beschenkt zu werden. Aber er erwirbt kein Recht auf ein bestimmtes, quantitatives und qualitatives Object aus dem Vermögen des debitor. Mithin kann er in dieser Beziehung den debitor zu nichts zwingen. Wollte er ihn auch, seinem Versprechen gemäß, auf irgend ein beliebiges (dem Ermessen des Richters anheimzustellendes) Object belangen: so würde er doch, wenn er anders seine Klage so stellte, schon deshalb abgewiesen werden müssen, weil das Klagobject kein genus indefinitum von Vermögenstheilen seyn kann; und wollte er einen speciellen Vermögenstheil in Anspruch nehmen: so würde er aus dem Grunde mit seiner Klage zurückzuweisen seyn, weil er aus dem unbestimmten Schenkungsversprechen kein Recht auf

ein ausschließliches Object erlangt hat. Mithin steht dieser Fall in Ansehung der Wirkung dem obigen Fall (Nr. 1.) ganz gleich. Ein Pfandverhältniß für ein solches Versprechen bestellt, würde daher ebenfalls ohne rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit seyn. — Setzen wir ferner, es bestehe eine rechtsgültige obligatio principalis, und es werde für dieselbe ein (scheinbares) Specialpfand bestellt, welches in Ansehung des Objects zu bestimmen, der Schuldner gleichfalls seinem unbeschränkten Ermessen überlassen hat. Auch hier fehlt es an dem bestimmten, ernstlichen Willen als debitor hypothecarius, wie dieß die Natur des Specialpfandes mit sich bringt, auf ein bestimmtes Object seines Vermögens obligirt zu werden. Im Fall daher der angebliche creditor hypothecarius Klage erheben wollte: so würde er auf dieselbe Weise, wie oben aus dem unbestimmten Schenkungsversprechen, vom Richter abzuweisen seyn.

Von einem Anfange des Pfandrechts kann also weder hier, noch in Nr. 1., selbst nicht unter der Voraussetzung einer rechtsverbindenden obligatio principalis, geredet werden. Denn was juridisch gar nicht existirt, kann auch juridisch weder anfangen, noch aufhören. Die Bestellung des Pfandes ist daher unter diesen Umständen = 0.

Es läßt sich indeß denken, daß der Scheinschuldner nachmals erklärt in Beziehung auf das Nicht-Obligirtwerden überhaupt (N. 1.), oder rücksichtlich des Nicht-Obligirtwerdens auf ein bestimmtes Object (Nr. 2.) — obligirt seyn zu wollen. Er gibt also in dem ersten Fall das: *si sibi ita placeret*, auf. Mithin wird er jetzt auf das bestimmte Object, welches bisher (aber wirkungslos) Gegenstand des Vertrags war, wirksam obligirt. Oder er gibt in dem zweyten Fall das: *quale et quantum sibi placeret* auf, wird mithin jetzt eben so wirksam auf das bestimmte, von ihm bezeichnete Object verpflichtet, wie oben. Allein wie wirkt dieß Alles? Etwa rückwirkend? Oder muß die obligatio erst als von jetzt an bestehend gedacht werden?

Ich glaube das Letztere. Denn in beyden Fällen war die obligatio juridiſch gar keine. Eben daher kann ſie auch nicht rückwärts als exiſtirend gedacht werden. Es würde alſo hier die bloße einſeitige Erklärung des bisherigen Scheindebitor, dieſen noch nicht zum wirklichen Debitor machen; ſondern dazu bedürfte es außerdem noch der Annahme des Verſprechens von Seiten des creditor, der erſt jetzt Gläubiger wird, und es bisher nur zum Schein, alſo ſo gut wie gar nicht war. Die Anwendung dieſes Satzes auf unſere obigen Fälle ergibt ſich leicht, und ſchon von ſelbſt. Im Fall des angeblichen Specialpfandes (Nr. 2.) für eine rechtsgemäß beſtehende obligatio princ., würde alſo z. B. der Pfandnexus erſt von dem Momente an begründet werden, da ein beſtimmtes ausſchließliches Object zum Gegenſtand deſſelben, mit beyder Theile Wiſſen, erhoben wurde.

Es kann endlich:

3) das Rechtsgeſchäft von der Art ſeyn, daß, wenn gleich der debitor in Anſehung ſeiner Willkühr überhaupt, und mit Rückſicht auf ein beſtimmtes Object gebunden iſt: gleichwohl der Willkühr deſſelben noch immer eine beſtimmte Sphäre überlaſſen bleibt. Dieß läßt ſich auf mehrfache Weiſe denken. So z. B. kann die Exiſtenz des verſprochenen Objects für den debitor, d. h. die Erwerbung deſſelben durch und für ihn ſelbſt (als die Bedingung des Ueberganges deſſelben an den *creditor*), noch von deſſen Willkühr oder Belieben abhängig ſeyn. Das Object des Rechtsgeſchäfts exiſtirt alſo noch nicht für den debitor; aber es ſoll auf den Fall, daß es für dieſen exiſtirt, dem Gläubiger verpflichtet ſeyn. Setzen wir z. B.: es verſpricht Jemand einem Anderen, ihm das Haus des X zu verkaufen, oder zur Miethe zu überlaſſen, oder zu verpfänden, auf den Fall, daß er Eigenthümer deſſelben werden ſollte — wozu er vielleicht nahe Ausſicht hat, weil er ſchon mit dem X deshalb in Unterhandlung getreten iſt. Hier iſt der debitor gebunden in Anſehung ſeiner Willkühr überhaupt, d. h. er hat die ernſt-

liche Abſicht zu erkennen gegeben, ſich verbindlich machen zu wollen. Es iſt hier alſo kein bloßer Scheinvertrag, wie in dem Fall von Nr. 1. Ja, er hat ſich verbindlich gemacht, ein beſtimmtes, ausſchließliches Object zu präſtiren. Es iſt alſo auch in dieſer Beziehung kein bloßer Scheinvertrag, wie in Nr. 2. Aus dieſen Gründen laſſen denn auch die Geſetze Verträge der Art, die eine res futura debitoris zum Gegenſtande haben, zu. Aber welche Wirkung hat ein ſolcher Vertrag? Trotz der erſtlichen Willensmeinung des debitor, iſt es doch unbedingt in deſſen Hand gegeben, ob das Recht, welches er dem creditor zugeſagt hat, wirklich werden, oder nicht wirklich werden ſoll. Denn weder dieſer, noch ſonſt Jemand kann ihn zwingen, daß er dem X das Haus abkaufe. Er hat ja auch nur bedingungsweiſe, d. h. nur auf den Fall, daß er es kaufen ſollte, dem creditor das Recht des Verkaufs, der Miethe, oder der Verpfändung daran zugeſagt. Ob daſſelbe wirklich werden ſoll oder nicht, bleibt mithin allein ihm überlaſſen, und ſomit iſt es wiederum er allein, welcher zu beſtimmen hat, ob dem creditor die zugeſagten Rechte daran wirklich zukommen ſollen, oder nicht; mit a. W., die eigentliche Realiſirung der obligatio hängt ganz von ſeiner Willkühr ab. Mithin hat es den Anſchein, als ob dieſer Fall den obigen unter Nr. 1. u. 2. ganz gleich ſtehe. Allein ſo verhält es ſich in der That nicht. Denn nach dem Obigen findet hier zwiſchen dieſen verſchiedenen Fällen doch ein weſentlicher Unterſchied Statt. Dort war nur ein Scheinvertrag, d. h. das Verſprechen konnte nach der Art und Weiſe, wie es ertheilt wurde, gar nicht ernſtlich gemeint ſeyn. Hier dagegen exiſtirt eine wirkliche, ernſtlich gemeinte Willenserklärung; nur wird das Wirklichwerden des Rechts des creditor von einem zukünftigen Thatumſtande abhängig gemacht, d. h. von dem Erwerb der Sache durch den debitor. Iſt dieſer Thatumſtand eingetreten, ſo genügt dieß ſchon an und für ſich, um das ungewiſſe Recht des creditor zu einem gewiſſen zu machen. Denn

der debitor hat ſeine Willkühr in Beziehung auf ein künftiges Object wirklich gebunden. Iſt dieſes gegenwärtig (Theil ſeines Vermögens) geworden: ſo haben wir damit ein beſtimmtes Object, worauf er belangt werden kann. Anders in den Fällen unter Nr. 1. und 2. Aber ſo viel ergibt ſich auch ſchon von ſelbſt, daß dieſes Recht des creditor erſt von dem Augenblick des Erwerbs der Sache durch den debitor anfangen könne. Denn, wie iſt z. B. ein Miethsverhältniß zwiſchen Beyden vor dem Ankaufe des fremden Hauſes denkbar? Eben daher iſt auch undenkbar, daß das Pfandrecht, welches auf das künftig zu erwerbende Haus beſtellt iſt, früher anfangen ſollte. Denn es wurde ja nur auf den Fall des Erwerbs deſſelben ertheilt, alſo nicht ſchlechthin auf das Haus, ſondern (bedingungsweiſe) auf das erworbene Haus. Wäre es ſchlechthin auf das fremde Haus beſtellt: ſo wäre ja damit ein *res aliena* verpfändet, und es würde der Anfang des Pfandrechts in einen Zeitraum fallen, wo die Sache ſich noch gar nicht im Eigenthum des Verpfänders befand, und eben daher auch nicht wirkſam verpfändet werden konnte. Daher ſagen denn die Geſetze, man könne eine res aliena nur unter der ausdrücklich hinzugefügten Bedingung: si debitoris facta fuerit, gültig zum Gegenſtande eines Pfandvertrags machen. L. 16. D. §. 7. de pignorib. (20. 7.). Iſt dieß geſchehen, ſo bedarf es von Seiten des debitor keiner weiteren Conſtituirung des Pfandrechts auf den Fall, daß er nachmals die res aliena wirklich in ſein Eigenthum gebracht haben ſollte, wie oben unter Nr. 1. und 2. Das ungewiſſe Verſprechen (aber als von Anfang gültig) wird jetzt zu einem gewiſſen, und die Sache ſo angeſehen, als ob der Pfandvertrag erſt in dieſem Augenblick von den Partheyen abgeſchloſſen wäre. Ein Rückdatiren deſſelben iſt, abgeſehen von dem Obigen, auch deshalb undenkbar, weil bedingte Rechtsgeſchäfte, deren Exiſtenz von der Willkühr des Debitors abhängig gemacht ſind, niemals zurückgezogen werden. Sie würde auch widernatürlich

ſeyn, indem das Pfandrecht ja ausdrücklich auf das erworbene Haus, nicht auf das Haus ſchlechthin beſtellt wurde. Man kann hier in der That nicht vernünftiger entſcheiden, als es die Geſetze gethan haben. Im Fall der Rückdatirung würde nämlich dem creditor offenbar ein größeres Recht zugeſprochen, als er nach der Willensbeſtimmung des debitor haben ſoll. Aber noch mehr! Setzen wir, es verpfändet Jemand das Haus eines Dritten, welches er hofft ſpäteſtens nach zwey Monaten zu Eigenthum zu erwerben, vom letzten Tage des zweyten Monats an; wie ſich von ſelbſt verſteht, unter der Bedingung des wirklichen Erwerbs deſſelben bis zu dieſer Zeit. Hier kann doch unmöglich das Pfandrecht des Gläubigers eher anfangen, als an dieſem Tage! Muß nun nicht eben daſſelbe behauptet werden, wenn der Tag des Anfangs gar nicht ſpeciell beſtimmt iſt, ſondern im Allgemeinen von dem factum des Erwerbs abhängig gemacht wird?

Dieß iſt aber nicht der einzigſte Fall, welcher hieher gehört. Es gibt deren noch mehrere. So z. B. iſt denkbar, daß Jemand zugleich mit dem gegenwärtigen, auch ſein geſammtes zukünftiges Vermögen zum Gegenſtande eines Vertrags erhebe; oder er kann, ohne das erſtere, bloß das letztere, und auch dieſes nicht ganz, ſondern nur theilweiſe, bedingt oder unbedingt, sub modo oder sine modo u. ſ. w. veräußern. Er kann es verſchenken, verkaufen, verpfänden, oder ſonſt dingliche Rechte, z. B. Nutznießungen, darin conſtituiren, u. ſ. w. — kurz, er iſt in Anſehung der Art der Veräußerung an keine Beſchränkung gebunden. Wie ſollen wir aber einen Vertrag der Art anſehen? Findet hier eine *necessitas*, ein Zwang gegen den debitor, invito eo, Statt? Oder iſt der Vertrag ein bloßer Scheinvertrag?

Es hat wohl kein Bedenken, daß wir uns für das Erſtere entſcheiden werden, und zwar aus denſelben Gründen, wie oben. Denn dieſer Fall ſtimmt im Weſentlichen mit dem obigen ganz überein. Auch hier iſt eine res futura, oder vielmehr ein Inbegriff derſelben, auf den Fall, daß

ſie erworben würden, zum Gegenſtande des Vertrags gemacht. Denn, als zur Zeit für den *debitor* noch nicht exiſtirend, können ſie eben ſo wenig als für den *creditor* exiſtirend angeſehen werden. Nur iſt hier nicht eigentlich eine *res aliena* (oder ein Inbegriff derſelben), wie oben, verpfändet, verſchenkt u. ſ. w. Vielmehr iſt der Gegenſtand des Vertrags nur ein Complexus von Sachen, die noch nicht im Vermögen des debitor exiſtiren; mit a. W.: es ſind zukünftige Sachen, die deshalb nicht nothwendig bey einem Andern zu exiſtiren brauchen, ſondern eben ſo gut auch von jetzt an erſt exiſtent werden können. Daher kann denn auch der debitor nicht mehr verſprechen, als daß der creditor ein Recht darauf erwerbe auf den Fall, daß er ſie in ſein Eigenthum bringen ſollte. Mithin kann das Recht des creditor auch erſt von dieſem Momente des Erwerbs anfangen.

Dieſe Bedingung: si adquisierit, liegt ſtillſchweigend in dem Vertrage ſelbſt, und iſt nothwendig in demſelben enthalten. Denn, wie kann man ein Recht (z. B. ein Pfandrecht) auf ein Object geben, welches man noch gar nicht im Beſitz oder Eigenthum hat, welches man vielleicht gar nicht einmal mit einiger Beſtimmtheit erwartet, ja von dem man nicht einmal eine Vorſtellung hat, noch haben kann — welches mithin ſelbſt nicht einmal als mögliches Object, oder als möglicher Vermögenstheil bezeichnet werden kann? Aber, ſofern es nicht eigentlich eine res aliena iſt, auf welche man bedingungsweiſe ein Recht ertheilt, braucht auch nicht die Bedingung: si debitoris facta fuerit, wie nach L. 16. §. 7. D. cit., ausdrücklich hinzugefügt zu werden. Der Vertrag gilt als ſolcher, ohne daß es eines weitern Zuſatzes bedürfte. Der erforderliche ernſtliche Wille des Debitor, auf den Fall des Eintrits der Erwerbung obligirt zu werden, iſt da; und der Gläubiger erwirbt von dieſem Augenblick an zum wenigſten das Recht, die zukünftige Sache dereinſt als Nutznießer, Eigenthümer, Pfandgläubiger u. ſ.

w. zu erwerben. Aber er iſt jetzt noch nicht Nutznießer, nicht Pfandgläubiger, nicht Eigenthümer u. ſ. w. Denn dazu fehlt es noch zur Zeit an dem benöthigten Object. In dieſer Beziehung muß gleichviel ſeyn, von welchem Rechte die Rede iſt; d. h. die Beſtellung eines Pfandrechts an den bonis futuris kann keine Ausnahme begründen. Denn, welche Gründe ſollte es für dieſe Singularität geben? Ich zum wenigſten wüßte keine. Kann z. B. der ertheilte usus-fructus erſt ex die adquisitionis anfangen, und dieß wird wohl Niemand läugnen: ſo muß daſſelbe auch von dem ertheilten Pfandrechte gelten.

Wollten wir hier anders entſcheiden: ſo würde nicht mehr der Wille der Partheyen, ſondern allein die richterliche Willkühr ſprechen. Und doch kann es hier, wie überall, nur auf den erklärten Willen der Contrahenten ankommen. Jede Abweichung von demſelben gibt entweder dem *creditor* mehr Rechte, als ihm wirklich zukommen, oder vermindert die Verpflichtungen des *debitor*, ſchadet mithin dem Gläubiger. Hier würde freylich der creditor nur gewinnen können, wenn man ſein Pfandrecht rückdatiren wollte. Allein, eines Theils iſt hier eine Rückdatirung nicht möglich, weil die Erwerbung des künftigen Vermögens ganz und gar in die Hand des debitor gegeben iſt; andern Theils würde ſie durchaus widerrechtlich ſeyn, weil ſie, dem Weſen des Vertrags zuwider, den creditor auf unrechtmäßige Weiſe begünſtigen würde.

Wir ſetzen einen anderen, nicht minder wichtigen Fall für unſere Nr. 3. Es läßt ſich denken, daß der debitor in Beziehung auf ein beſtimmtes, und wirklich ſchon exiſtirendes Object verpflichtet ſey, d. h. ſo, daß ſein ernſtlich erklärter Wille vorliegt, grade auf dieſes obligirt zu ſeyn: gleichwohl die Erwerbung des Rechts für den creditor noch von einer gewiſſen Thätigkeit oder Wirkſamkeit des *debitor* abhängt, wodurch denn das beſtimmte Object für jenen ein unbeſtimmtes, ſo gut wie noch gar nicht exiſtiren-

des Object wird, ſo gewiß es auch für den debitor ſelbſt exiſtirt, d. h. zu deſſen poſitiven (wirklichen) Vermögenstheilen gehört. Setzen wir z. B., es verpfändet der Pächter ſeinem Verpächter bey Eingehung des Pachtcontracts ſeine *invecta et illata* Hier hängt es von der Willkühr des debitor ab, ob überhaupt, und welche Sachen er in das gepachtete Grundſtück einbringen will. Sein Mobiliarvermögen exiſtirt zwar für ihn, aber noch nicht für den Verpächter, indem daſſelbe ja nur an einem dritten Orte zurückbehalten zu werden braucht, um ihm alle Rechte eines Pfandgläubigers daran zu entziehen. Es iſt daher undenkbar, daß derſelbe ſein (augenblickliches) Pfandrecht noch vor der Illation an den Sachen des Pächters geltend machen ſollte. Denn es ſind ihm nicht ſchlechthin alle Mobilien und Moventien des Pächters verpfändet, ſondern nur die eingebrachten Sachen deſſelben. Wie kann man nun aber von eingebrachten Sachen reden, bevor ſie wirklich eingebracht ſind? Iſt dieß nicht geſchehen: ſo läßt ſich ja das Object des Pfandrechts noch gar nicht beſtimmen. Der Pfandgläubiger würde alſo durchaus nicht im Stande ſeyn anzugeben, welche Objecte ihm denn verpfändet ſeyen; und dieß iſt doch nothwendig, da ihm nicht das geſammte Mobiliarvermögen des debitor ſchlechthin obligirt iſt. Schon nach der ſtreng grammatiſchen Interpretation des Vertrags wird alſo das Pfandrecht des Verpächters nur ex die illationis anfangen können. Wollten wir über den Inhalt des pactum hypothecae hinausgehen, d. h. eine Rückdatirung deſſelben vornehmen: ſo würden wir offenbar den Rechten des debitor zu nahe treten; und auch ſonſt iſt eine ſolche hier nicht denkbar.

Es ſind dieß übrigens nur Beyſpiele, welche leicht mit mehreren anderen vermehrt werden könnten. Allein dieſe genügen vollkommen zur Sache, d. h. ſie reichen hin, um uns über den Anfang des Pfandrechts unmittelbar aus der Natur und dem Weſen der *obligatio* (des Vertragsverhält-

niſſes) zu belehren. Andere Beyſpiele werden ſpäter gelegentlich vorkommen, wenn wir unſer Princip mit den einzelnen Entſcheidungsfällen des Römiſchen Rechts zuſammenhalten werden.

Es ergibt ſich übrigens leicht, und ſo zu ſagen ſchon von ſelbſt, woher die verſchiedenartige Wirkſamkeit der obigen Fälle unter Nr. 1. 2. und 3. herrühre. In den beyden zuerſt genannten Fällen exiſtirte gar keine obligatio; ſie war bloß zum Schein geſchloſſen. Denn, man mag die Sache drehen und wenden wie man will: ſo iſt unmöglich dem Scheinſchuldner auf irgend eine Weiſe beyzukommen. In den Fällen unter Nr. 3. verhält es ſich dagegen anders. Iſt nur der künftige Thatumſtand, von welchem das Recht des creditor abhängig gemacht iſt, eingetreten: ſo iſt damit die Möglichkeit gegeben, den Schuldner aus ſeinem (von Anfang an rechtsgültigen) Verſprechen in Anſpruch zu nehmen. Auch hier iſt freylich der Willkühr deſſelben ein großer Spielraum gegeben; aber dafür erheiſcht es ſein *eignes* Intereſſe, daß er ſein Vermögen, wenn auch nur durch eine *einzelne* res aliena vermehre; daß er ſeine Effecten in den fundus einbringe, weil er ſonſt des nothwendigen Gebrauchs derſelben entbehren würde u. ſ. w. Aus dieſen Gründen hat denn der Vertrag über eine ſpecielle res aliena, oder im Allgemeinen über die bona futura debitoris, oder über deſſen invecta illata u. ſ. w. Rechtsgültigkeit vor dem Geſetz. Aber die Wirkſamkeit des Vertrags darf doch niemals *über* deſſen Inhalt ausgedehnt werden. Dieß folgt aus dem Begriff und Weſen der obligatio ſelbſt. Wer z. B. ſeine invecta et illata verpfändet, ſagt mit andern Worten nur: er verpfände res suas, si invecta et illata sint. Eben ſo mit den bonis futuris u. ſ. w.

Unſer Reſultat iſt in aller Kürze dieſes: das Pfandrecht fängt mit dem Momente an, wo die obligatio principalis, und derjenige Thatumſtand, welcher das jus pignoris für dieſelbe begründet, als *gleich ſtark verbindend* zuſammen-

treffen. Iſt der Willkühr des debitor, es ſey in Anſehung der oblig. *principalis*, oder in Anſehung der obligatio *accessoria* noch irgend eine Sphäre, oder was immer für ein Spielraum nachgelaſſen: ſo hemmt dieſer Umſtand die Exiſtenz, und eben daher auch den Anfang des Rechts. Denn was nicht exiſtirt, kann auch nicht als anfangend gedacht werden. Ob übrigens die Hauptobligation in einem *dare*, oder in einem *facere* beſteht, iſt gleichviel. (Diss. p. 12. 13.) Denn das Object ändert die Natur des Vertrags nicht. Mithin gilt von der obligatio in faciendo ganz daſſelbe, was von der obligatio in dando gilt. Eine Anwendung dieſes Satzes auf das Legalpfand der Mündel an dem Vermögen des Vormundes ſ. Diss. §. 6.

Fragen wir nun nach den verſchiedenartigen Entſtehungsgründen des Pfandrechts: ſo laſſen ſich deren zwey Hauptarten angeben. (Diss. p. 14. 15.) Der Pfandnexus wird nämlich entweder *lege*, oder *opera et facto hominum* begründet. In der erſten Beziehung heißt das Pfandrecht ein legales (pignus legale, tacitum); in der letzteren dagegen iſt es entweder ein conventionelles, oder ein teſtamentariſches, oder ein prätoriſches Pfandrecht (pignus conventionale, testamentarium, praetorium). Daß es nun, um zu beſtimmen, von wann an die jura pignoris anfangen, ſehr viel darauf ankomme, von welcher Art das Pfandrecht ſey: dieß braucht wohl nicht erſt erinnert zu werden, indem es ſich ſchon von ſelbſt ergibt.

Iſt nämlich:

a) Das pignus ein *legale* oder *tacitum*, d. h. ein nothwendiges, kraft einer ſpeciellen Rechtsregel von ſelbſt eintretendes accessorium der Hauptobligation: ſo iſt in dieſer Beziehung, d. h. rückſichtlich der Exiſtenz, und ebendaher auch des Anfangs des Pfandrechts, alle und jede Willkühr des debitor (wenigſtens der Regel nach) ſchlechthin ausgeſchloſſen. Um daher die Zeit der Entſtehung des Pfandrechts zu wiſſen, bedarf es nichts weiter, als daß

wir den Anfang der Hauptobligation wiſſen, oder den Zeitpunkt ihrer Wirklichwerdung. Dabey kommt denn natürlich Alles auf die beſondere Natur der obligatio principalis an, d. h. dieſe allein entſcheidet, wenn der Anfang derſelben beſtimmt werden ſoll. Vergl. z. B. S 62. 63. der Diss. in Beziehung auf das Legalpfand der Legatare; desgl. §. 22. in Betreff des pignum tacitum der Mündel u. ſ. w. Iſt alſo nur gewiß, daß die obligatio princ. zu dieſer, und nicht zu einer andern Zeit exiſtent geworden iſt: ſo muß auch von eben dieſem Momente an gerechnet, das geſetzliche Pfandrecht des Gläubigers anfangen; ob an dem geſammten Vermögen des debitor, oder nur an einem Theile deſſelben? dieß wird natürlich davon abhängig gemacht, ob die Geſetze ihm ein generelles, oder nur ein ſpecielles Pfandrecht ertheilen. Trit nun aber in dieſer Beziehung eine gewiſſe Willkühr des debitor ein, wie z. B., wenn ſich das (generelle) Legalpfand zugleich auf deſſen zukünftiges Vermögen erſtreckt, oder das ſpecielle auf ein beſonderes Eigenthumsſtück, deſſen Exiſtenz oder Wirklichwerdung für ihn, noch durch ſeine Willkühr bedingt iſt (Diss. §. 10.): ſo treten hier eben ſo unbedingt die oben entwickelten Grundſätze ein. Denn das Geſetz ergänzt nur den Willen der Partheyen. Das Legalpfand iſt nichts weiter, als ein fingirtes conventionelles; die Geſetze möchten denn ſelbſt erweislich weiter gegangen ſeyn — was mitunter auch behauptet wird. Doch davon nachher! Auch darauf muß geſehen werden, für welche obligatio das Pfandrecht durch das Geſetz beſtellt wird. Denn für denjenigen, welcher ſich ſchon im Allgemeinen in einem Obligationsnexus befindet, gibt es wiederum verſchiedene einzelne obligationes, d. h. beſondere Verpflichtungen in der allgemeinen Verpflichtung. Mithin müſſen wir wiſſen, ob das geſetzliche Pfandrecht für die obligatio überhaupt (wie bey der Tutel), oder nur für einzelne Acte oder Theile derſelben beſtellt iſt. Vergl. z. B. §. 8. und §. 12. der Diss. Es ſind dieß natürlich nur all-

gemeine Andeutungen, deren nähere Entwickelung bey den einzelnen Controverſen erfolgen wird; aber auch nur bey den beſtrittenen Punkten, denn ſonſt würde ich über den Zweck dieſer Abhandlung hinausgehen.

b) Iſt das pignus ein *conventionale*, ſo bedarf es dazu, außer der bindenden obligatio principalis, auch noch eines bindenden Pfandvertrages. Beydes muß zuſammentreffen, weil, was nicht exiſtent geworden iſt, auch nicht anfangen kann. Ueber den Umfang dieſes Pfandrechts, über die obligatio, für welche das pignus beſtellt wird u. ſ. w., entſcheidet natürlich der Vertrag. Insbeſondere kommen hier der dies und die conditio, ſowohl in Beziehung auf den Haupt- als auf den Nebenvertrag, in Betrachtung. Diss. §. 18. und §. 21.

c) Iſt das pignus ein *testamentarium*, ſo wird deſſen Wirkſamkeit, mithin auch deſſen Anfang, außerdem noch von den allgemeinen Bedingungen eines rechtsgültigen letzten Willens abhängig gemacht. Mithin kann es auch nie früher, als ex die mortis testatoris wirkſam eintreten. Aber von dieſem Momente an wird es wirkſam, weil das pignus testamentarium im Grunde nur Legat iſt. Jedoch hier mit einigen, in der Natur der Sache gelegenen, Unterſcheidungen. Diss. §. 18. Iſt endlich:

d) Das pignus ein *praetorium* (im weit. Sinn), d. h. ein ſolches, welches mittelſt einer missio in possessionem entſteht: ſo wird die Wirklichwerdung, und damit der Anfang des Pfandrechts auch noch durch die beſondere Natur dieſer missio bedingt. Sie ſetzt ein richterliches Decret voraus, welches dem Gläubiger geſtattet, zuzugreifen, und dieſe auctoritas jubentis vertritt, wie es in der L. 1. Cod. si in causa jud. (8. 23.) heißt, die Stelle der Verabredung der Partheyen (in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus). Mithin iſt auch das prätoriſche Pfandrecht im Grunde nur ein fingirtes conventionelles, wie das Legalpfand (Nr. a.). Aber das richterliche Decret

genügt noch nicht, um das Pfandrecht sogleich entstehen zu lassen. Vielmehr muß der creditor auch wirklich zugegriffen, sich in den Besitz der bona debitoris gesetzt haben. Ursprünglich erwarb er dadurch nur ein jus retentionis. Um aber eine Sache zu retiniren, muß man doch nothwendig den Besitz derselben haben! Nachmals wurde damit das jus distrahendi verbunden, und so begründete die missio in poss. ein Pfandrecht. Denn das Wesen des pignus besteht ja eben in der Veräußerungsbefugniß auf den Fall der Noth. Die bindende obligatio principalis vorausgesetzt, wird also der creditor nur ex die captae possessionis Pfandgläubiger. Das richterliche Decret gibt ihm nur die Erlaubniß, sich in den Besitz der Güter des debitor zu setzen. Dadurch wird denn der debitor noch keineswegs als Pfandschuldner obligirt. Denn es ist ja in die Willkühr des creditor gesetzt, ob überhaupt, und wann er den Besitz der Güter seines debitor erlangen will. Erst wenn dieß geschehen ist, bindet er die Willkühr des debitor. Diss. §. 17.

So hätten wir denn, wie wir dieß beabsichtigten, das einzig mögliche Princip für die Datirung des Pfandrechts aus der Natur und dem Wesen der obligatio überhaupt, nach den verschiedenen Entstehungsgründen des Pfandrechts abgeleitet. Ist es das richtige: so kann es auch keinem Bedenken unterliegen, daß wir nach den angegebenen Momenten in jedem einzelnen Falle die Zeit der Entstehung des Pfandrechts erkennen werden. Halten wir nun damit die einzelnen Entscheidungen des Römischen Rechts zusammen: so werden wir dadurch der Wahrheit und Wirklichkeit unseres Princips auf's Unzweydeutigste versichert. Ich glaube hier indeß, was die weitere Ausführung betrifft, nur auf meine Dissertation verweisen zu dürfen. Doch werde ich die einzelnen controversen Punkte, um des Ueberganges zum Folgenden willen, mit einem Sternchen bezeichnen.

A. Das Legalpfand fängt in demselben Momente mit der bindenden Hauptobligation an; L. 6. §. 4. Cod.

de bonis quae lib. (Diss. p. 23—26), in Betreff der Tutoren. Ferner: L. un §. 1. Cod. de rei ux. act. in Betreff der dos, wegen der Worte: quemadmodum in administratione pupillarium rerum, welche, wenn ſie gleich nur von der geſetzlichen Conſtituirung des Pfandrechts reden, doch zugleich implicite auf den Anfang deſſelben vom Augenblick der Hauptobligation (Diss. §. 34. fg.) verweiſen. Dafür auch das arg. L. 1. D. qui potior. (20. 4.) — L. 11. Cod. de pact. convent. in Betreff der Paraphernen (Diss. p. 46.) — Nov. 109. cap. 1. in Betreff der donatio propter nuptias (Diss. p. 47.) — Nov. 7. cap. 3. §. 2. (vergl. mit L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae lib.) in Betreff des Emphyteuta. * (Diss. p. 49.)

B. Das vertragsmäßige Pfandrecht fängt, wenn es zugleich mit der bindenden Hauptobligation beſtellt wird, ex tempore contractae obligationis, an. L. 1. D. qui potior. (Diss. p. 102 fg.) L. 11. pr. eod. L. 4. quae res pignor. * — In Betreff der verpfändeten invecta et illata entſcheidet die L. 11. §. 2. D. qui potiores, wie oben (Diss. p. 163. fg. p. 54.) — Eben daſſelbe gilt von der Verpfändung der bona futura debitoris. L. 7. §. 1. D. qui potior. * (Diss. p. 165 fg.)

C. Das prätoriſche Pfandrecht fängt mit dem venire in possessionem an. L. 26. §. 1. D. de pign. act. (Diss. §. 17.)

Nach dieſen einzelnen Entſcheidungen zu urtheilen, ſind alſo die Römiſchen Juriſten von keinem andern Princip, als dem unſrigen, ausgegangen. Doch hat man bald dieſe oder jene Folgeſätze aus demſelben geläugnet, bald aber auch behauptet, daß die Geſetze keineswegs ſo entſchieden ausſprächen, was ich ihnen in den Mund legte. Es gilt daher hier eine Prüfung der einzelnen beſtrittenen Fälle der Anwendung, über welche die Geſetze ſchweigen, ſo wie der beſtrittenen Geſetzſtellen ſelbſt. Nur hierauf beſchränkt ſich be-

greiflicherweise diese Untersuchung. Was die Ordnung betrifft, so befolge ich hier die meiner Dissertation.

1) In meiner Diss. p. 25 hatte ich gesagt: das Legalpfand der Stiefkinder an dem Vermögen ihres Stiefvaters in Betreff der von ihrer Mutter geführten Tutel fange ex die contracti matrimonii an, weil der novus maritus vor Eingehung der Ehe mit der Mutter nicht Stiefvater sey. Dagegen bemerkt Mayer (a. a. O. S. 76.) Folgendes. Das Gesetz sage: die Güter des Stiefvaters sollten primitus in obligationem venire, also von Anfang an für die rationes haften. Auch sey die ratio legis gegen mich, welche die Imperatoren selbst dahin angäben: ne facilis sit in eas (mulieres) post susceptam tutelam irruptio, und ne fraude vel incuria quid depereat. Grade dem hätte das Gesetz vorbeugen wollen, daß man solche Frauen nicht bestürme, und zu einer weiteren Heirath dränge. Diese Bestürmung falle aber zumeist in die Zeit vor der Heirath. Das Vermögen des Mannes solle deshalb auch für die Zeit vor der Heirath haften. Dafür spreche auch, daß der Stiefvater nach L. 6. Cod. in quibus caus. pign. selbst für das hafte, was den Mündeln auch vor der Heirath Nachtheiliges gebracht worden wäre — zum Beweise, daß das Gesetz die Verbindlichkeit des Stiefvaters antidatire, mit ihr aber auch zur gleichen Rüge die auf seinem Vermögen lastende Verbindlichkeit.

Allein diese Idee halte ich für durchaus unhaltbar. Sie ist weder in sich selbst, noch durch die Gesetze begründet. Nicht in sich selbst. Denn sollte hier das Pfandrecht rückdatirt werden: so müßte doch die Zeit des Anfangs, wenn auch nicht nach Stunden und Minuten, doch zum wenigsten nach einem bestimmten Tage angegeben werden können. Dieß ist aber unter so bewandten Umständen schlechthin unmöglich. Daher genügt es nicht zu sagen, das Pfandrecht fange schon vor der Heirath an. Denn im Fall einer Concurrenz würde dann gar nicht entschieden werden können,

weſſen Pfandrecht das ältere, und mithin das beſſere ſey. Man könnte vielleicht ſagen: der Augenblick der *irruptio* oder Beſtürmung ſey der Anfang des Pfandrechts. Allein dieß hieße doch zu viel Gewicht auf einen, nur im Allgemeinen hingeworfenen Ausdruck des Geſetzes legen! Zudem geht es bey der Freiung einer Wittwe (zumal mit Kindern) wohl nicht ſo ſtürmiſch her, daß man im Stande ſeyn ſollte, die erſten Sturmſchritte zu zählen, um mit dieſen das Pfandrecht anheben zu laſſen. Setzen wir, die Neigung entſpann ſich beiderſeits in aller Stille, und ganz unvermerkt. Von wann an ſoll jetzt das Pfandrecht beginnen? Vielleicht vom Augenblick der Verlobung? Allein davon ſteht in den Geſetzen kein Wort. Und weshalb dann nicht ſchon früher? Soll hier die reine Willkühr entſcheiden, ſo kann dieſelbe an gar keinen möglichen Zeitmoment gebunden ſeyn. Insbeſondere aber ſind weder die Worte, noch der Geiſt der Verordnung für Mayers Anſicht. In der L. 6. Cod. in quib. caus. pign. heißt es: wenn die Mutter wider ihren Eid, keine neue Ehe eingehen zu wollen, und ohne vorgängige Rechnungsablage, und Erbittung eines andern Tutor für ihre Kinder, zur zweyten Ehe ſchreite: ſo ſolle der neue Ehemann jure pignoris mit ſeinem Vermögen auch für das haften, was den Kindern vor der Heirath Nachtheiliges durch die Tutel der Mutter gebracht ſey. Weshalb? Weil derſelbe als Mitſchuldiger der Frau angeſehen wird, ſofern er ſie zum Bruch des Eides verleitet hat. Er iſt alſo *ex delicto* obligirt, und ſoll daher zum Vortheil der Kinder für Alles haften. Allein kann man ihn wohl ſchon dann einen Mitſchuldigen nennen, wenn er die Mutter noch nicht geheirathet hat? Ich glaube auf keine Weiſe. Denn bis dahin, daß dieß geſchieht, hat ja die Mutter ihren Eid noch nicht gebrochen. Wenn daher unſere L. 2. Cod. cit. ſagt: die Güter des Stiefvaters ſollten *primitus* (von Anfang an, ſogleich) in obligationem venire: ſo kann man dieſe Worte nur auf den *dies matri-*

monii beziehen, weil vorher keine *causa obligandi* (ex delicto) vorhanden iſt. Faßt man das primitus anders auf: ſo kann man nicht weiter an irgend einen möglichen Zeitpunkt gebunden ſeyn. Man könnte es dann eben ſo gut auf die Zeit der Geburt des Stiefvaters beziehen. Auch die ratio legis iſt nicht für die obige Anſicht. Denn die Worte: ne facilis sit in eas irruptio, ſagen nur ſo viel: damit die Mutter mit neuen Heirathsanträgen verſchont werde (alſo zur Abſchreckung der Heirathsluſtigen), ſolle der neue Ehemann für allen Schaden aus der Tutel mit ſeinem Vermögen haften. Mehr als abſchrecken, und zugleich für das Beſte der Kinder (natürlich salvo jure tertii) ſorgen, will das Geſetz nicht. Wie ſollte nun aber der Ehemann durch die Antidatirung des Pfandrechts mehr abgeſchreckt werden können? Wie ſollte dieſe eine Strafe für ihn ſeyn? Der Zeitpunkt des Pfandrechts kann und muß ihm durchaus gleichgültig ſeyn, da er doch einmal mit ſeinem Vermögen haften ſoll. Die Antidatirung würde alſo nur deſſen etwanigen, ganz unſchuldigen Pfandgläubigern ſchaden! Allein aus welchem Grunde ſollen dieſe ex delicto ihres Schuldners leiden? Damit iſt auch ſehr gut vereinbar, was die L. 5. C. cit. ausſpricht. Denn der Stiefvater kann ſehr wohl *ex die matrimonii* mit ſeinem geſammten Vermögen als Pfandgläubiger verpflichtet ſeyn, und dabey zugleich für die Nachtheile aus der Tutel *ante matrimonium* haften. Er übernimmt im Augenblick der Ehe rückwärts den ganzen Schaden, und ſo ſorgt das Geſetz vollkommen für das Beſte der unmündigen Kinder. Allein damit iſt noch nicht geſagt, daß das Pfandrecht auch rückdatirt werden dürfe, vielleicht auch gar bis zum Tage der übernommenen Tutel von Seiten der Mutter. Denn conſequenter Weiſe müßte der dies pignoris bis dahin zurückgezogen werden.

Dieß Alles erwogen, finde ich keine Gründe, von meiner früheren Anſicht abzuweichen.

2) In meiner Diss. p. 26. hatte ich die Behauptung

aufgeſtellt, daß das Pfandrecht der Kinder erſter Ehe, in Betreff der denſelben zufallenden lucra nuptialia, erſt *ex die matrimonii* (*secundarum nuptiarum*) anfange. Dieß iſt zum wenigſten der Conſequenz gemäß! Denn vor Eingehung der neuen Ehe haben die Kinder an dem, was der überlebende Ehegatte (resp. ihr Vater, oder ihre Mutter) durch die Liberalität des verſtorbenen erhielt, gar keine Rechte. Erſt von jetzt an bekommen ſie die Proprietät an demſelben, und nur der lebenslängliche Nießbrauch bleibt dem natürlichen Vater, oder der natürlichen Mutter. Mithin würde das geſetzliche Pfandrecht auch erſt mit dem Augenblick des erworbenen Rechts, welches der dies secundarum nuptiarum iſt, eintreten können. Dafür ſcheint auch die L. 8. §. 4. Cod. de sec. nupt. zu ſprechen, wo es heißt: die Güter des überlebenden Ehegatten ſollten post secundas nuptias (alſo in keinem Falle vor dieſer Zeit) für die lucra nuptialia erhaftet ſeyn. Allein dieſer Ausdruck bezeichnet doch wohl nur ſo viel als: si secundas nuptias inierit, d. h. den Entſtehungsgrund des Pfandrechts, womit alſo über den Anfang deſſelben noch nichts beſtimmt iſt. Dagegen hat Juſtinian, wie dieß Mayer (a. a. O. S. 76) mit Recht erinnert, hier wirklich in der L. 6. §. 6. eod. eine Antidatirung des Pfandrechts vorgenommen. Allein dieß hebt unſer Princip nicht auf, ſondern es iſt dieß offenbar eine ſinguläre Ausnahme, dergleichen ſich Juſtinian, zum Vortheil der Kinder und der Ehefrauen, aus reiner Barmherzigkeit noch mehrere erlaubt hat. Dieß iſt in unſerer Geſetzſtelle durch die Worte: liberis, qui ex eodem matrimonio procreati sunt ... *sine dubio proponendis* ausdrücklich bezeichnet. Alſo *sine dubio* ſollen ſie den Vorzug vor allen denjenigen erhalten, die in der Zwiſchenzeit mit ihrem Vater oder ihrer Mutter über die Subſtanz oder Proprietät der lucra nuptialia, woran ſie doch erſt ſpäter ein Recht erworben haben, contrahirt hatten. Sie ſollen dieſelben ſogar von jedem Dritten, der ſie inzwiſchen auf rechtmäßige Weiſe zu Eigenthum erworben

hatte, vindiciren dürfen. Denn die Sache ſoll ſo angeſehen werden, als ob ihnen rückwärts, vom Augenblick des Todes des erſten Ehegatten (resp. ihres Vaters, oder ihrer Mutter), die Proprietät an den lucris nuptialibus zugeſtanden hätte; mit a. W. das *dominium* des überlebenden Ehegatten an den durch die Liberalität des verſtorbenen auf ihn gekommenen Sachen, iſt nur ein dominium *revocabile*, und zwar revocabile *ex tunc*. Mithin ſchaden den Kindern die inzwiſchen mit der Proprietät derſelben vorgenommenen Veräußerungen (Verkauf, Verpfändung u. ſ. w.) nicht. Es iſt ihnen daher das geſammte Vermögen ihres Vaters oder ihrer Mutter rückwärts, und zwar *ex die mortis* verpfändet. Von den lucr. nupt. (als einem Theile dieſes Vermögens) verſteht ſich die Sache von ſelbſt, und ebendaher auch von dem übrigen Vermögen. Denn es kommt hier alles auf die Exiſtenz des Rechts, rückwärts gerechnet, an. Dieß ſagt der §. 2. cit. mit folgenden Worten: omnibus videlicet maritalibus facultatibus, his etiam quae habet habiturave est, super eadem ante nuptias donatione vel rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis, *ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint*, liberis obligatis; worauf dann noch folgt, daß dritte Perſonen in *vindicandis* iisdem rebus suppositis posteriores habeantur, weil es keinem Bedenken unterliege (sine dubio), daß die Kinder und Kindeskinder den Vorzug verdienten.

Ich ſagte: das Pfandrecht werde rückdatirt ad diem mortis. Dieß iſt gewiß die richtige Anſicht. Denn der dies, quo eaedem res ad eam (mulierem) pervenerint, iſt der dies *mortis mariti*. Vorher kann von einer Liberalität auf den Todesfall nicht die Rede ſeyn, und das: *eaedem* bezieht ſich gewiß nur auf eben dieſe res liberalitatis. Mayer verbindet dagegen, wie es ſcheint, die Worte unſerer Geſetzſtelle anders, nämlich ſo: his quae habet .... ex eo die .... liberis obligatis. Das hieße mit a. W., das Pfandrecht an dem geſammten

(gegenwärtigen) Vermögen des überlebenden Ehegatten fange mit dem Momente an, wo jedes einzelne Vermögensstück von demselben erworben sey. Wenn also z. B. die Mutter schon zehn Jahre früher (d. h. ante mortem mariti) einen fundus gekauft haben sollte: so würde das Pfandrecht der Kinder an diesem fundus noch zehn Jahre weiter als der dies mortis, man kann wohl sagen, rück-rückdatirt werden müssen. Allein bey der Verpfändung des gesammten gegenwärtigen Vermögens (anders des zukünftigen) kommt es ja nie auf die Zeit des Erwerbs der einzelnen Vermögenstheile an, sondern nur auf das Vermögen, wie es grade jetzt, da es verpfändet wird, besteht. Mehr hat man sich wohl nie darunter gedacht, und mehr kann man sich auch vernünftiger Weise nicht darunter denken.

3) In meiner Diss. p. 49. hatte ich den Anfang des gesetzlichen Pfandrechts, welches der Kirche an den Gütern des Emphyteuta zusteht, in den Zeitpunkt der Verschlechterung der Emphyteuse gesetzt (ex quo praedium deterius redditum sit), und mich dabey auf die ausdrücklichen Worte der Nov. 7. cap. 3. §. 2. berufen. Mayer (a. a. O. S. 77) wendet mit Recht dawider ein, daß in der Novelle nur stehe: *si* praedium deterius fecerit (als Veranlassungsgrund des Pfandrechts), nicht aber: *ex quo* praed. det. fecerit. Der Emphyteuticarische Vertrag begründe vielmehr von dem Augenblicke an, da er eingegangen worden, die Verbindlichkeit, das Gut nicht zu verschlechtern. Mithin müsse das Pfandrecht auch auf den Anfang des Vertrags bezogen werden. Dieß scheint unbestreitbar, wenn man (wie wir dieß selbst gethan haben) von dem Grundsatze ausgeht, daß das Legalpfand zugleich mit der bindenden Hauptobligation entstehe. Allein man muß hier, wie ich glaube, und worauf ich schon oben hindeutete (Nr. a.), unterscheiden, für welche obligatio das gesetzliche Pfand eintreten soll, d. h. ob für die Hauptverbindlichkeit überhaupt? oder aber nur für eine einzelne (besondere) obligatio in der

Hauptobligation? Auch bey dem Pfandvertrage der Partheyen iſt dieſer Umſtand von großer Bedeutung. Denn der erklärte Wille der Contrahenten kann hier allein entſcheiden. Wir wollen die Sache durch einige Beyſpiele erörtern. So z. B. fängt das Legalpfand der Frau an dem Vermögen ihres Mannes, in Betreff der *nomina* paraphernorum loco tradita, nach der Beſtimmung der L. 11. Cod. de pact. conv., erſt von dem Augenblick an, ex quo pecunias ille (maritus) exegit; alſo nicht ex die traditionis. Gleichwohl iſt der Mann durch die Uebergabe der nomina ſogleich verpflichtet (Diss. p. 46. 47). Dagegen ſoll nach L. 6. §. 4. Cod. de bonis quae lib. bey der Tutel das Pfandrecht nicht ex quo male aliquid gestum sit, ſondern ex die susceptae, vel suscipiendae tutelae anfangen. Es fragt ſich daher, iſt die Nov. 7. cit. bey dem Pfandrechte, welches dort an dem Vermögen des Emphyteuta beſtellt wird, auch von eben dieſer Anſicht ausgegangen? Oder hat ſie bloß das male gestum im Auge? Hierüber können nur die Worte des Geſetzes entſcheiden. Dieſe ſind folgende: Sed si quidem deterius fecerit praedium ... qui emphyteusin percepit: cogi eum *de suo* diligentiam ac restitutionem prisci status facere; et *obligatum* esse *ad hoc* ipsum, et heredes ejus et successores, ejusque res ... Dieß heißt doch wohl nur: der Emphyteuta ſoll von dem Augenblick an, wo er die Emphyteuſe verſchlechtert, zur Wiederherſtellung derſelben aus ſeinem eignen Vermögen gehalten ſeyn; und zu dieſem Ende, alſo doch auch wohl nur von dieſem Momente an gerechnet, erhält die Kirche an ſeinem, und ſeiner Nachfolger Vermögen ein geſetzliches Pfandrecht. Er iſt obligirt ad restitutionem, *ex quo* praedium deterius fecerit, und *ad hoc* ſelbſt dinglich mit ſeinem Vermögen verhaftet. Für dieſe Interpretation ſpricht ſchon das: *beneficia* stricte interpretanda sunt. Nur freylich ſpricht die Nov. cit. dieſen Satz nicht mit dürren Worten, und ausdrücklich aus, wie ich vordem meinte.

Auch kann ich aus den obigen Gründen jetzt ſelbſt nicht mehr billigen, wenn ich überall in meiner Abhandlung aus allgemeinen Gründen zu erweiſen bemüht war, daß das geſetzliche Pfandrecht der Tutoren, der Frau wegen der Paraphernalien u. ſ. w. nothwendig mit dem Zeitpunkt anheben müßte, welchen das Geſetz ſelbſt feſtſetzte. Denn es hängt hier Alles davon ab, ob das Geſetz eine größere, oder nur eine geringere Sicherheit, und für welche Verbindlichkeit es das Pfandrecht beſtellen will. Eben dieſer Umſtand iſt auch bey dem Conventionalpfande von Bedeutung.

4) Das Legalpfand ob restitutionem aedificii ſetzte ich in meiner Diss. §. 10. in den Moment der restitutio aedificii. In dieſer Beziehung fand ich bey Zimmern (a. a. O. S. 248) Widerſpruch, und bey Mayer (a. a. O. S. 77, 78) wenigſtens Schwierigkeiten. Der Erſtere meint: da die L. 1. D. in quib. caus. pign. nichts fordere, als ein Darlehn zur Reſtitution: ſo ſey, vorausgeſetzt, daß der Bau erfolgte, das Pfandrecht vom Darlehn an zu datiren. Der Letztere wirft dagegen die, anſcheinend etwas mißliche Frage auf: ob die Reſtitution vollendet ſeyn müſſe, d. h., ob nur der ein Pfandrecht habe, mit deſſen Geld das Haus vollendet wurde, oder ob man bloß auf den Anfang der Reſtitution zu ſehen habe? Dieß kann wohl nicht als Widerſpruch gegen meine Anſicht gelten; ſondern es wird damit nur der Mangel einer genaueren Beſtimmung gerügt. In der Hauptſache ſelbſt ſcheint alſo Mayer mit mir gleich zu denken, was mich herzlich freuet. Ich glaube, es läßt ſich dieß auch ſehr wohl rechtfertigen. Hätte das Sct. unter Marc Aurel dem Darleiher ad restitutionem aedificii ein geſetzliches Pfandrecht auf das geſammte Vermögen des Empfängers gegeben: ſo würde es gewiß keinem Bedenken unterliegen, daß wir daſſelbe alsdann vom Augenblick des Darlehns zu datiren hätten. Allein wir haben hier ein ſpecielles Pfandrecht an einem Object, deſſen Wirklichwerdung für den Haupt- und Pfand-

ſchuldner, und damit zugleich für den Pfandgläubiger, lediglich in die Willkühr des Erſteren geſtellt iſt; mit a. W. es iſt hier durch das Geſetz eine ſpecielle *res futura* (non-aliena) mit der ſtillſchweigenden Bedingung: si extiterit, verpfändet. Daher iſt undenkbar, daß das Pfandrecht früher exiſtent werde, und früher anfange, als mit dem Aufbauen des Hauſes. Denn, wie kann Jemanden von Anfang an ein Object verpfändet ſeyn, welches noch gar nicht exiſtent geworden iſt? Dieſer letztere Ausdruck läßt ſich leicht rechtfertigen. Denn es wird hier ein gänzlich demolirtes Haus vorausgeſetzt, alſo ein ſolches, welches wieder ganz neu aufgebauet werden muß, um zu exiſtiren. Dafür ſpricht der Ausdruck restitutio, im Gegenſatz der reparatio oder der bloßen Ausbeſſerung. Alſo: ſogleich kann das Pfandrecht mit der Aufnahme des Darlehns nicht anfangen. Der Darleiher erhält nur im Allgemeinen ein Recht auf das Verpfändetſeyn, falls das Object der Verpfändung (das Haus) exiſtent werden ſollte. Dürfen wir hier nun aber wohl eine Rückdatirung des Pfandrechts vornehmen, im Fall das Haus nachmals wirklich aufgebauet wurde? Ich glaube, auf keine Weiſe. Denn es fehlen hier die geſetzlichen Bedingungen der Rückdatirung. Der debitor hat es in ſeiner Gewalt, ob überhaupt, und wann das ſpecielle Pfandrecht des Darleihers anfangen ſoll. Entſcheidet doch auch ſo die L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign. in Betreff der *invecta et illata*, wiewohl ſich dabey mit Sicherheit annehmen läßt, daß der debitor ſeine Sachen (aber freylich nicht welche, und wann) einbringen werde! Zudem exiſtirt in dieſem Falle das Object der Verpfändung ſchon für den *debitor*; nur freylich nicht für den creditor. Allein ſchon die grammatiſche Interpretation iſt dawider, daß wir von invectis et illatis vor der Illation reden, und eben ſo von einem pignus *insulae* creditori datum, ſo lange noch Nichts aufgebauet iſt. Iſt nun eine Rückdatirung des Pfandrechts, wie dieß die L. 11. D. cit. ausſpricht, in jenem Falle nicht möglich: ſo muß

ſie auch in dieſem Falle, wo dieſelben Vorausſetzungen exiſtiren, geläugnet werden.

Wenn Mayer dagegen auf eine nähere Beſtimmung des Zeitpunkts dringt, weil zweifelhaft ſcheinen könnte, ob ſchon der Anfang des Aufbauens genüge, oder ob dazu die Vollendung des Werks erfordert werde: ſo glaube ich über dieſe Frage ſchon durch die Worte: ex quo aedes pecunia ejus *restitutae* sint, entſchieden zu haben. Ob ich aber mit Recht die Vollendung des Hauſes vorausſetze, dieß iſt eine andere Frage. Ich glaube indeß, daß ſich meine Anſicht aus der ſtricten Interpretation (welche hier beym Legalpfande beſonders nöthig iſt) der Worte: pignus *insulae* creditori datum, im Ganzen wohl rechtfertigen laſſe. Dafür ſcheint auch das: domum forsan aedificare, das navem fabricare aut reparare, das emere agrum u. ſ. w. zu ſprechen — Worte, die in dieſem Zuſammenhange ſämmtlich wohl nur von dem vollendeten Aufbauen, Repariren, Kaufen u. ſ. w. zu verſtehen ſind. Dazu kommt das: quorum pecuniis empta aut renovata res est, wodurch die wirkliche Verwendung des Geldes auf die Sache, und und mit dem aufgewandten Gelde zugleich die Wiederherſtellung des Hauſes u. ſ. w. bezeichnet wird. Doch weiß ich ſehr wohl, daß man von den Bedingungen des privilegirten Pfandrechts nicht ſchlechthin auf die Bedingungen des Pfandrechts überhaupt ſchließen kann. Dagegen ſcheint mir das: insulae unſerer L. 1. D. cit. entſcheidend.

5) Das Legalpfand der Legatare (und Fideicommiſſare) laſſen Manche ex die mortis testatoris, Andere ex die aditae hereditatis beginnen (Diss. §. 13. not. 9—15, not. 36.). Ich ſuchte dagegen durchzuführen, daß es hier, wie auch ſonſt, nur darauf ankommen könne, den *dies obligationis* zu fixiren, indem mit dieſem zugleich das geſetzliche Pfandrecht ganz von ſelbſt eintreten müſſe. Dieſer dies obligationis ſey aber bey Legaten der *dies cessionis* (Diss. p. 62. fg.). In denjenigen Fällen alſo, wo der

dies cedens der dies mortis testatoris ſey, da müſſe auch das geſetzliche Pfandrecht *ex die mortis testatoris* anfangen; im Uebrigen dagegen *ex die aditae hereditatis*. Dabey ſuchte ich denn für die verſchiedenen Arten der Legate, für die res propria, oder aliena legata, für das legatum generis et optionis u. ſ. w. ſo genau wie möglich den dies cedens zu beſtimmen. Wie es ſcheint, denkt Zimmern (a. a. O. S. 249.) gleich mit mir, was mich herzlich freuet. Mayer dagegen (a. a. O. S. 78—81) iſt hier anderer Meinung, und dieſe geht im Weſentlichen dahin. Juſtinian hätten die wegen Legate und Fideicommiſſe Statt findenden *missiones in possessionem* nicht gefallen wollen. Quis enim in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? L. 1. Cod. commun. de leg. Eben ſo L. 3. §. 2. C. eod., wo derſelbe von einem missionis tenebrosissimus error, und Nov. 39. pr., wo er von einer inopia rede. Dieſe Miſſionen ſollten jetzt aufhören, und an deren Statt ein pignus tacitum treten. Daraus ergebe ſich, daß das ſtillſchweigende Pfand, wie es die Miſſionen erſetzen ſollte, ſo auch in Betreff des dadurch geſicherten obligatoriſchen Verhältniſſes, ſo wie des Anfangs ganz nach der Natur, und dem Weſen der früheren Miſſionen beurtheilt werden müſſe. Dieſe Miſſionen wären nun aber früher eingetreten, wenn ein Legat oder Fideicommiß wegen irgend eines Hinderniſſes nicht ſogleich hätte gefordert werden können, und deshalb Sicherheit zu leiſten geweſen wäre, aber nicht gewährt wurde. Die Verpflichtung dazu ſey aber erſt mit dem Antrit der Erbſchaft eingetreten, weil vorher kein Erbe, mithin auch kein Verpflichteter exiſtirt habe. Da nun Juſtinian die missio durch ein Pfandrecht erſetzen wollte, ſo müſſe daſſelbe auch in dem Augenblick anfangen, wo früher eine Satisdatio oder Miſſio verlangt werden konnte, d. h. mit dem Antrit; doch nicht vorher. Denn nirgend zeige Juſtinian die Abſicht, in der Verleihung des Surrogats weiter gehen zu wollen, als

man bey der durch ihn verwandelten Miſſio gegangen ſey; und wir dürften daher nach der Natur der Sache das Erſetzende nur aus dem Erſetzten deuten.

Ich muß geſtehen, daß ich mich von der Bündigkeit dieſer Schlußfolgerung nicht überzeugen kann. Denn das Legalpfand iſt kein bloßes Surrogat der missio in bona, ſondern bey weitem mehr als dieſe, d. h. alſo, keineswegs ein idem pro eodem. Dieß wird Niemand verkennen. Denn ex lege trit das Pfandrecht von ſelbſt, alſo zugleich mit dem Daſeyn der Obligation ein. Die missio in bona dagegen konnte immer erſt nach verweigerter Satisdatio vor ſich gehen. Dazu bedurfte es allezeit eines richterlichen Decrets, und der Immittirte mußte ſich noch obendrein in den Beſitz, oder in die Detention der bona missa ſetzen — worüber viel Zeit hingehen konnte, und gewiß hinging. Daher denn auch Juſtinian von scrupulosis ambagibus, von einer inopia, d. h. einem dürftigen, kümmerlichen Sicherungsmittel, wie er die missio mit Recht betrachtet, redet. Statt deſſen will er den Legatarien und Fideicommiſſarien eine wahre, gewiſſe und ſchleunige Sicherheit gewähren, und dieß thut er durch Conſtituirung eines pignus tacitum. Wer wollte hier das beneficium legis verkennen? Iſt doch auch im Uebrigen (d. h. abgeſehen von dieſem Falle) das Legalpfand eine geſetzliche Wohlthat, weil es mehr gewährt als die Beſtellung des Pfandes durch Convention. Weshalb nun nicht auch hier? Ich ſagte: mehr gewährt, und glaube dieß mit Recht behaupten zu dürfen. Denn wie oft wird nicht verſämt, ſich unmittelbar mit der Hauptobligation ein Pfandrecht zu beſtellen! Verſäumt man dieß: ſo muß das pignus conventionale natürlich auch erſt ſpäter anfangen, als die Hauptverbindlichkeit exiſtent geworden iſt (Diss. p. 9. und p. 127).

Iſt nun alſo das pignus legale kein bloßes Surrogat der missio in bona: ſo folgt daraus, daß wir in Anſehung des Anfangs des Pfandrechts lediglich an die allge-

meine Natur des pignus legale gebunden ſeyn können. Mithin trit daſſelbe ex die obligationis ein, und es kommt alſo nur darauf an, daß wir den dies obligationis bey Legaten und Fideicommiſſen, ſo wie wir dieß oben gethan haben, beſtimmen.

Hiezu kommt die allgemeine Regel, daß, wenn ein altes Inſtitut abgeſchafft, und mit einem neuen vertauſcht wird, daſſelbe zugleich mit allen ſeinen Folgen vernichtet wird; das Geſetz möchte denn den einen oder anderen Folgeſatz ausdrücklich beybehalten haben. Allein dieß läßt ſich hier nicht behaupten. Daher kann man denn nicht ſagen, das Legalpfand richte ſich nach der Natur der missio.

Aber noch mehr! Es läßt ſich durchaus nicht behaupten, daß das *pignus* aus der missio in possessionem im Allgemeinen *ex die aditae hereditatis* anfange, ſo wenig wie man ſagen kann, das Conventionalpfand fange mit dem Augenblick der obligatio an. Denn, von beyden gilt das: opera et facto hominum constituuntur. Sie ſind mithin in Anſehung ihres Wirklichwerdens, und daher auch ihres Anfangs (denn nur das Wirklichgewordene kann anfangen) durch eine gewiſſe Thätigkeit von Seiten der Partheyen, vor Allen aber des *creditor* (als des am mehrſten dabey Intereſſirten) bedingt. Daher bedarf es denn einer Beſtellung des Pfandrechts, welches hier durch das geſetzlich erlaubte Zugreifen, oder das venire in possessionem geſchieht, wie dort durch den Vertrag.

Die Verpflichtung zur Miſſio ſoll ex die aditae hereditatis anfangen! Allein der Erbe iſt vom Augenblick des Antrits nur zur Satisdation verpflichtet. Wird dieſe verweigert, ſo trit das Recht zur missio ein. Alſo erſt von dieſem Momente an gerechnet, kann von einer missio die Rede ſeyn, wozu außerdem noch das venire in possessionem von Seiten des Creditor (des Legataren u. ſ. w.) erfordert wird.

Endlich noch dieß! Juſtinian gibt an andern Stellen ein pignus legale ſtatt des ſonſt üblichen vertragsmäßigen Pfandrechts, wie hier ſtatt der *missio in bona*. Allein iſt damit geſagt, und auch wohl nur denkbar, daß das Legalpfand deshalb erſt in dem Momente anfange, wo das Conventionalpfand angefangen haben würde? Dieß läßt ſich ja eben gar nicht beſtimmen, weil es in dieſer Beziehung auf die jedesmalige vertragsmäßige Verabredung der Partheyen angekommen ſeyn würde. Eben ſo hier! Der Augenblick des pignus ex missione iſt unbeſtimmbar, weil dazu ein decretum magistratus, und von Seiten des creditor das venire in possessionem erfordert wird, worüber bald mehr, bald weniger Zeit verſtreichen kann.

Soll aber nichts deſto weniger der Anfang des Legalpfandes der Legatare u. ſ. w. ſich nach dem Anfange des pignus aus der missio richten: ſo müßten wir doch conſequenterweiſe zugeſtehen, daß das erſtere auch nur a tempore captae possessionis würde anfangen können. Dieß widerſpricht aber gradezu dem Begriff des Legalpfandes. Ich bin daher nicht im Stande einzuſehen, in wiefern der hiſtoriſche Zuſammenhang der L. 1. Cod. comm. de leg. irgend von Entſcheidung ſeyn, und uns die Conſequenz erſparen könne.

6) Meine Erklärung der bekannten L. 1. D. qui potior. (Diss. §. 15.) wird in der Hauptſache von Zimmern (a. a. O. S. 249 fg.), und eben ſo von Mayer (a. a. O. S. 81. 82) als richtig anerkannt. Dagegen bemerkt der Erſtere mit Recht, daß die Entſcheidung der ſcheinbar widerſtreitenden L. 4. D. quae res pign., und L. 11. pr. qui potior. nicht von dem bloßen *pacto* de mutua danda pecunia abhange, wie ich dieß mit Geſterding (vom Pfandrecht S. 33—35), und Andern annahm. Vielmehr würden wir auch h. z. T. noch in dieſer Beziehung nicht anders entſcheiden können, als es das Römiſche Recht gethan habe. Auch Mayer bemerkt, der Schluß von der dos auf das mutuum ſey unrichtig. Denn die dos promissa gelte wahr-

haft als dos. Aber ein verſprochenes mutuum ſey nicht eben ſo mutuum, wie eine dos promissa auch dos ſey.

Ich muß indeß geſtehen, daß ich mit der Sache noch keineswegs im Reinen bin. Daher ſcheint es mir nicht überflüſſig, hier noch einmal eine Prüfung der Geſetzſtellen vorzunehmen. Vielleicht, daß dieſe auch Andern Gelegenheit gibt, tiefer in die Sache einzugehen, und wir auf dieſe Weiſe endlich einmal eine wahre Darſtellung derſelben gewinnen.

In der L 4. D. cit. trägt *Paulus* (Lib. 3. Resp.) folgenden Fall vor: Titius will vom Maevius eine Summe Geldes zu Darlehn nehmen, und verpfändet ihm (in Erwartung der künftigen Zahlung) ſchon jetzt einzelne Theile ſeines Vermögens, zur Sicherheit für die Rückgabe. Von dieſen verpfändeten Vermögenstheilen entäußert er ſich aber wiederum des einen und anderen Stückes. Nun läßt er ſich das verſprochene Darlehn vom Maevius wirklich auszahlen. Daher die Frage: Hat der Letztere auch an den in der Zwiſchenzeit veräußerten Sachen ein Pfandrecht? Mit andern Worten: fängt ſein Pfandrecht *ex die contractae obligationis*, oder erſt *ex die solutionis* an? Paulus entſcheidet ſich hier für den letzteren Zeitpunkt, weil die Wirklichwerdung der Hauptobligation von der Willkühr des debitor hypothecarius abhange. In potestate debitoris est ... non accipere pecuniam. Hängt nun aber die Wirklichwerdung der Hauptobligation von ſeiner Willkühr ab (denn er kann ja nicht gezwungen werden, das Darlehn anzunehmen): ſo iſt damit auch die Exiſtenz, und der Anfang der Nebenobligation (des pignus) in ſeine Hand gegeben. Er wird alſo erſt dann als debitor überhaupt, und damit zugleich (vermöge der getroffenen Verabredung) als debitor hypothecarius verpflichtet, wenn er das Geld wirklich angenommen, oder ſich daſſelbe hat auszahlen laſſen. Denn, nunmehr muß er es suo tempore reſtituiren, und für dieſe Reſtitutionspflicht (die erſt jetzt

anfängt) haftet er (natürlich auch erſt von jetzt an) mit den, zum voraus als Objecte der (künftigen) Verpfändung bezeichneten Vermögenstheilen. Dieſe Entſcheidung iſt unſerer obigen Darſtellung ganz gemäß, und hilft dieſelbe in jeder Hinſicht beſtätigen. Ich glaube daher mit Zimmern, daß wir auch heute nicht anders würden entſcheiden können, als auf des Paulus Weiſe. Denn eben derſelbe Paulus ſagt auch Lib. V. ad Plautium (Lex 30. D. de reb. creditis): qui pecuniam creditam accepturus *spondit* creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat. Alſo ſelbſt das *spondere* (das feyerliche Verſprechen) bindet ihn nicht. Denn es liegt in der Natur der Sache, daß man Niemanden zur Annahme eines Darlehns zwingen kann, ſollte man die Acceptation auch wirklich zugeſagt haben. Nur freylich haftet man für den Schaden, welcher für den Promittenten aus der Verweigerung entſpringt. Mit dieſem hat aber das zum voraus beſtellte Pfandrecht nichts zu ſchaffen, wie ich dieß in meiner Diss. cit., aber durchaus ohne Grund, annahm. Denn es iſt das Pfand ja nur für den Fall der Rückgabe des angenommenen Darlehns beſtellt. Hier fehlt es aber grade an der Acceptation.

Die zweyte Stelle iſt die L. 11. pr. D. cit., oder *Gajus* Lib. sing. de form. hypoth. Dort wird folgender Fall vorgetragen: X macht mit dem A aus, er wolle ein Darlehn von ihm annehmen, und beſtellt ihm dafür jetzt gleich auf den Fall der Zahlung (si pecuniam ab eo accepit) ein Pfandrecht an einzelnen Vermögensſtücken. Mithin kann dieſes auch erſt *ex die solutionis* oder numerationis anfangen. Denn dahin geht die ausdrückliche Verabredung, und — ſagt Gajus, poterat . . . non accipere ab eo pecuniam. Es verhält ſich daher hier Alles grade ſo, wie oben. Die Exiſtenz, und damit auch der Anfang des zum voraus bedingungsweiſe (sub conditione potestativa) beſtellten Pfandrechts iſt durchaus in die Will-

kühr des debitor hypothecarius (futurus) geſetzt. Mithin wird auch derjenige Pfandgläubiger dem A vorgehen, der vom X, wegen eines dieſem in der Zwiſchenzeit wirklich ausgezahlten Darlehns, ein Pfandrecht auf eben denſelben Objecten erhalten hat. Es kommt hier auf das prius credere an, wie Gajus ſagt. Denn es iſt ja ausdrücklich hinzugeſetzt: das Pfandrecht ſolle ex die solutionis anfangen (si ab eo pecuniam accepit). Indeß gilt nach der obigen Stelle des Paulus ganz daſſelbe, wenn dieſe Bedingung und Zeitbeſtimmung auch nicht ausdrücklich hinzugefügt iſt. Denn ſie iſt ſtillſchweigend in dem Vertrage enthalten. Wer nämlich ein Pfandrecht für ein zukünftiges debitum beſtellt, beſtellt daſſelbe immer nur in Erwartung der künftigen Zahlung, d. h. der solutio und acceptatio. Denn es ſoll ja für die Sicherheit der Rückzahlung haften, und dieſe ſetzt doch nothwendig die Annahme voraus.

Faſſen wir das Geſagte in aller Kürze zuſammen: ſo exiſtirt für den debitor hypothecarius noch gar keine Verbindlichkeit; er iſt nicht ex mutuo obligirt, weil er noch nichts erhalten, mithin auch nichts zurückgeben kann. Eben daher iſt er auch nicht acceſſoriſch mit ſeinem Vermögen ex mutuo obligirt. Ob überhaupt, und wann er ſich durch die Annahme des mutuum als debitor überhaupt, und damit zugleich als debitor hypothecarius obligiren will, iſt rein in ſeine Willkühr gegeben. Mithin kann der dies hypothecae nur der dies solutionis ſeyn.

Halten wir dagegen nun die L. 1. pr. D. cit., wo Papinian (Lib. 2. Quaest.) folgenden Fall vorträgt: Der A verſpricht der Ehefrau des X eine dos, und läßt ſich von dieſem (dem X) für die Rückgabe derſelben (*de restituenda sibi dote*) eine Hypothek an einem einzelnen Vermögensobject beſtellen. Nachdem nun die Hälfte der dos ausgezahlt worden, gibt mittlerweile der Ehemann X das ſchon verpfändete Object (*eandem rem*) einem Dritten zum Pfande. Bald darauf zahlt A die zweyte Hälfte der

dos. Jetzt fragt es sich: Haftet das pignus dem A vorzugsweise vor dem dritten Pfandgläubiger nur für die Hälfte, oder für's Ganze? Sollte das Erstere der Fall seyn, so würde die Ordnung diese seyn: zuerst der A wegen der sogleich bezahlten Hälfte der dos, dann der dritte Pfandgläubiger, und nach diesem erst wieder der A wegen des Restes der dos. Papinian entscheidet umgekehrt: non *solutionum* tempora observanda sunt, sed *dies contractae obligationis*, cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur. Und dann: nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur; wobey das *ejus* nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle nur auf den dotis promissor, und nicht auf den maritus bezogen werden kann, auch reddere für das simplex: dare steht, wie öfter (Diss. p. 106. 107). Auf die theilweise Zahlung, meint man nun, komme es hier nicht an; sondern man müsse unbedingt sagen: bey der dos promissa sey der dies contractae obligationis der dies hypothecae. Denn der Grund, weshalb hier der dies contractae obligationis, und nicht, wie oben, der dies solutionis entscheide, bestehe ja darin, daß der debitor oder dotis promissor *ex causa promissionis* obligirt sey. — Wie reimt sich nun aber dieser Entscheidungsgrund mit dem obigen? Auf diese Frage müssen wir jetzt etwas näher eingehen!

In den angeführten L. 4. und L. 11. D. heißt es: der dies solutionis könne allein in Betracht kommen, weil es von der Willkühr des *creditor*, (d. h. dessen, der sich das mutuum versprechen ließ) abhinge, ob er durch die Annahme des mutuum überhaupt, und dadurch zugleich als debitor *hypothecarius* obligirt, oder nicht obligirt werden wolle. Hier dagegen heißt es: der dies contractae obligationis entscheide, weil der *debitor* (d. h. der dotio promissor) aus der Promission verpflichtet werde. Allein auch

in dieſem Falle hängt es ja von der Willkühr des *creditor* (des Ehemannes) ab, ob überhaupt, und wann er vom debitor oder dotis promissor das Geld annehmen, und dadurch ſelbſt zum debitor *hypothecarius* werden will! Mithin würde hier, nach der ratio oder dem Entſcheidungsgrunde der obigen Geſetzſtellen, doch nur der dies solutionis in Betracht kommen können. Und umgekehrt wird ja auch, im Fall das mutuum durch eine *stipulatio* verſprochen ſeyn ſollte, der *debitor* (d. h. der promissor mutui) aus der stipulatio zur Zahlung des mutuum verpflichtet, ſo gut wie der dotis promissor aus der einfachen promissio. Mithin würde nach dem Entſcheidungsgrunde oder der ratio unſerer L. 1. cit., bey dem mutuo promisso dieſer Art, dennoch der dies contractae obligationis entſcheiden müſſen. Mit einem Worte: die ratio der L. 1. cit. paßt eben ſo gut auf die Fälle der L. 4. und 11. D. cit.; und umgekehrt der Entſcheidungsgrund dieſer, eben ſo gut auf jene. Gleichwohl findet hier eine ganz verſchiedene Entſcheidung Statt.

Ich glaubte vormals, die Stellen ſo vereinigen zu können: (Diss. p. 108 fg.): der Ehemann hat das Verſprechen angenommen, und ſich ſchon jetzt zur Rückgabe derſelben verpflichtet gemacht. Daher muß denn mit dieſem Augenblick der Verpflichtung das für die dos receptitia beſtellte Pfandrecht beginnen; mit a. W., die obligatio des Ehemannes iſt eine gegenwärtige (praesens), weil er ſich zugleich mit der Annahme der dos zur Reſtitution derſelben verbindlich gemacht hat. Beyde, der debitor als dotis promissor, und der creditor als debitor hypothecarius, ſind mithin gleich, und praesenter obligirt. — Allein eine ſolche beyderſeitige obligatio praesens exiſtirt ja auch bey dem Verſprechen des *mutuum*, und die L. 4. und L. 11. D. cit. können unmöglich auf der Vorausſetzung eines nichtverbindenden *pactum* gegründet ſeyn. Davon war ſchon oben die Rede.

Mayer hilft ſich hier dadurch, daß er ſagt: die Reſtitution werde durch den Umſtand begründet, daß eine dos promissa wahrhaft als dos gelte. Dieß heißt wohl ſo viel als: die dos promissa ſteht der dos *soluta* gleich. Ganz recht! aber gewiß nicht im Verhältniß des Ehemannes zum *dotis promissor*, ſondern nur im Verhältniß des Erſteren zur Ehefrau und deren Erben, und zwar hier aus dem einfachen Grunde, weil der Ehemann das Intereſſe ſeiner Frau zu wahren hat, indem dieſe nicht ſelbſt klagend auftreten kann. Daher iſt er denn zur Reſtitution der ganzen verſprochenen dos an die Frau und deren Erben verpflichtet, wenn er dem dotis promissor durch ein pactum remissorium einen Theil derſelben, oder die ganze dos erlaſſen haben ſollte. Nov. 91. cap. 2. (Diss. p. 34. 35). Allein hier ſtehen ſich der maritus und der dotis promissor einander gegenüber, und da läßt ſich der Satz wohl ſchwerlich durchführen, daß die dos promissa der soluta gleichſtehe. Denn, der promissor kann z. B. ſaumſelig in der Zahlung der dos ſeyn. Soll nun deſſen ungeachtet das Pfandrecht, welches er ſich (wie hier) für die Rückgabe derſelben beſtellt hat, für nichts und wieder nichts ex tempore contractae obligationis laufen? Oder ſoll er ſelbſt dann das Pfandrecht behalten, wenn der Ehemann ihm die dos erläßt, und dafür aus ſeinem Vermögen eine ſolche beſtellt? In dieſem Falle kann er doch unmöglich zur Reſtitution verpflichtet ſeyn, indem er ja nichts empfangen hat; und eben daher iſt er demſelben auch nicht jure pignoris obligirt. Es widerſtreitet alſo der Natur der Sache, daß die dos promissa, im Verhältniß des Ehemannes zum *dotis promissor*, als soluta gelte. Denn, wie kann man aus der bloßen Acceptation der dos promissa, ohne noch etwas empfangen zu haben, zur Rückgabe verpflichtet werden? Und weshalb gilt nur die *dos* promissa pro soluta? Iſt dieß vielleicht ein beſonderes Privilegium? Dieß wäre denkbar, und damit kämen wir freylich auf die leichteſte Weiſe von der Welt durch alle

Schwierigkeiten hindurch (Diss. p. 104. 105). Allein so stellt Papinian die Sache keineswegs dar. Von einem beneficio dotis promissae ist hier keine Spur zu finden. Im Gegentheil, Papinian führt einen ganz allgemeinen Entscheidungsgrund an, der eben so gut auf alle übrigen Verpflichtungen paßt. Mithin müßten wir auch sagen: das mutuum promissum stehe dem mutuo soluto gleich. Denn der promissor ist ja auch in diesem Falle (h. z. T. immer) zur Zahlung des mutuum aus der Stipulation verpflichtet.

Auch Zimmern's Ansicht scheint mir die Schwierigkeiten unserer Gesetzstellen noch keineswegs zu heben. Derjenige Vertrag, sagt derselbe, wofür nach L. 11. und L. 4. D. cit. das Pfand bestellt werden sollte, war noch nicht zu Stande gekommen, sondern nur der andere einseitige, daß man ein Darlehn geben wolle, wenn der, dem dieß versprochen worden (der also aus dieser promissio berechtigt, nicht aber verpflichtet wird), es annehmen wolle. Hinsichtlich der dos dagegen war nicht, wie dort ein contractus de contrahendo, sondern ein, beyde Theile sogleich bindender Vertrag zu Stande gekommen. — Allein beyde Fälle stehen sich in der That gleich! Hier war eine *dos* promissa, dort ein *mutuum* promissum. In beyden Fällen ist der promissor zur solutio verpflichtet; aber in keinem kann der Acceptant zur Annahme des, als dos oder mutuum versprochenen Geldes gezwungen werden. Mithin ist es sowohl hier, wie dort, in seine freye Willkühr gesetzt, ob überhaupt, und wann er debitor, und damit debitor hypothecarius werden will. In beyden Fällen ist endlich das Pfandrecht ausdrücklich (L. 4. D. cit. L. 1. D. cit.), oder doch stillschweigend (L. 11. D. cit.), für die Rückgabe bestellt, setzt also auf allen Fall die solutio voraus. Also nur in Ansehung des Objects des Vertrags (der dos und des mutuum) unterscheiden sich beyde Fälle. Im Uebrigen stehen sie sich gleich. Daher scheint es auf den ersten Anblick natürlich, wenn man den Grund der abweichenden Entscheidun-

gen in den angeführten Geſetzſtellen in die Qualität der dos ſetzt. Allein, Papinian ſtellt nun einmal unläugbar die Sache nicht als etwas Außerordentliches, von allgemeinen Rechtsregeln Abweichendes dar, ſondern ſein Entſcheidungsgrund iſt ganz allgemeiner Natur.

Mir ſcheint, daß, wenn wir uns nur an die beſonderen (gegebenen) Bedingungen der L. 1. pr. cit. halten, und keine Ausdehnung dieſer Vorſchrift über die darin geſteckten Gränzen vornehmen, wie ich mir dieß ſelbſt mit Andern vordem erlaubte (Diss. p. 103), die Antinomie doch wohl gehoben werden könnte. Die Sache verhält ſich, wie ich glaube, auf folgende Weiſe:

1) Wer ſich für die Rückgabe einer nur verſprochenen dos, oder eines bloß zugeſagten mutuum ein Pfandrecht beſtellt: deſſen Pfandrecht kann nach dem Entſcheidungsgrunde der L. 4. und L. 11. D. cit., nicht eher anfangen, als in dem Momente, wo ſich der creditor durch Annahme der dos oder des mutuum promissum, zur Rückzahlung als debitor überhaupt, und damit zugleich als debitor *hypothecarius* verpflichtet hat. Denn, der Pfandvertrag lautet ja auf die Sicherſtellung des zu reſtituirenden empfangenen Geldes. Die solutio iſt alſo conditio sine qua non der Exiſtenz des Pfandrechts. Es ſteht nun aber ganz und gar in dem Willen des creditor, ob überhaupt, und wenn er dieß auch will, zum wenigſten wann er ſich durch die Annahme der dos promissa u. ſ. w. verbindlich zu machen gedenkt. Mithin iſt die Wirklichwerdung (die Exiſtenz überhaupt), und damit der Anfang des Pfandrechts lediglich von ſeiner Willkühr, oder ſeinem unbeſchränkten Ermeſſen abhängig gemacht.

2) Wenn dagegen der creditor, d. h. derjenige, welcher ſich, gegen Beſtellung eines Pfandrechts, eine dos oder ein mutuum (verſteht ſich, von einer beſtimmten Summengröße, z. B. von 1000) hat verſprechen laſſen, ſchon einen Theil des verſprochenen Geldes angenommen hat: ſo

haftet nach dem Entscheidungsgrunde der L. 1. D. cit. das verpfändete Object dem creditor hypothecarius für die ganze Forderung, gesetzt auch, daß in der Zwischenzeit, da der Rest bezahlt wurde, ein Dritter an eben dem Object ein Pfandrecht erhalten haben sollte. Zum wenigsten heißt es von den *dos:* cum ex causa promissionis ad *universae* quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur. Gilt aber dieß nicht auch vom Darlehn? Im Fall der *stipulatio* war gewiß schon nach Römischem Rechte der promissor mutui zur Zahlung des Darlehns überhaupt, also auch zur Nachzahlung des Restes verpflichtet, wenn er schon einen Theil des mutuum promissum abgetragen hatte. H. z. T. vertrit aber das simple Versprechen die Stelle der stipulatio. Mithin kann es auf die Qualität des versprochenen Objects hier nicht ankommen; d. h., die dos macht hier keine singulaire Ausnahme, wofür schon der generelle Entscheidungsgrund unserer L. 1. D. cit. spricht.

Wir wollen der Kürze wegen von jetzt an den creditor und debitor hypothecarius: A, den debitor (ex promissione) und creditor hypothecarius B nennen. Also: der A hat sich durch Annahme eines Theils des versprochenen Geldes dem B wirklich obligirt, d. h. als debitor überhaupt (ex mutuo u. s. w.), und damit zugleich als debitor *hypothecarius*. Zur Nachzahlung des Restes kann er den B jeden Augenblick zwingen. Da er dieß selber weiß, gleichwohl den B nicht mahnt das Uebrige nachzuzahlen: so handelt er offenbar widerrechtlich, wenn er in der Zwischenzeit das demselben verpfändete Object, welches streng genommen nur für das schon empfangene Geld haftet, weiter verpfändet; mit a. W., es ist unbillig, daß der B, ad solvendum paratus, und dem A, den er selbst schon in obligatione hat, dazu verpflichtet, gegen die getroffene Verabredung, daß das verpfändete Object für die ganze Summe haften solle, durch eine einseitige Zwischenhandlung des A (als dessen wirklichen Schuldners) um

ſein wohlerworbenes Recht gebracht werde. Die dos *pro parte* soluta ſteht alſo der solutio dotis *universae* gleich, vorausgeſetzt natürlich, daß der Reſt nachmals wirklich ausgezahlt wurde, wie dieß auch in unſerer L. 1. cit. angenommen wird.

Jetzt wird klar, wie das Geſetz ſagen konnte: non dies solutionum (sc. dotis, alſo z. B. der 1. März für die eine, und der 1. Juny für die zweyte Hälfte) observanda sunt, sed dies contractae obligationis, d. h. unter den gegebenen Bedingungen (subsequuta *pro parte* solutione, und: mox *residuae* quantitatis numeratio impleta est) komme hier Alles auf den Tag an, wo die Beſtellung des Pfandrechts für die ganze Summe der dos vorgenommen worden; mit a. W. alſo: das verpfändete Object haftet dem B für die Rückgabe der ganzen dos. Wenn dagegen die dies solutionum entſchieden: ſo würde dem B das pignus vom 1. März an, nur für die eine Hälfte haften. Dann käme der Zwiſchengläubiger X, und erſt nach dieſem, vom 1. Juny an gerechnet, der B wegen der zweyten Hälfte der dos. Aber die dies solutionum ſind hier nicht entſcheidend, ſondern es ſoll der dies contractae obligationis, d. h. die an dem und dem Tage beſtimmt getroffene Verabredung in Betracht kommen. Ich ſage: in Betracht kommen. Denn mehr drückt das: *observanda sunt*, nicht aus; mit a. W., nicht die Zeit des Anfangs des Pfandrechts, ſondern nur der Umfang, oder die Wirkung deſſelben im Verhältniß zum X, wird dadurch bezeichnet. Dafür ſpricht ſchon die Frage Papinians: quaerebatur de *pignore*, d. h. es fragt ſich hier: ob das Pfandrecht des B unbedingt, oder nur beſchränkt den Vorrang vor dem des Zwiſchenpfandgläubigers X habe? Papinian fragt alſo nicht nach dem *dies* pignoris, ſondern nach dem *pignus* überhaupt, d. h. nach dem Umfange, oder der Wirkung deſſelben.

Unſer Fall iſt nämlich dieſer: am erſten Februar ver-

ſpricht der B dem A eine dos, und läßt ſich dafür zum voraus ein gewiſſes Vermögensobject deſſelben de restituenda sibi dote beſtellen, d. h. alſo für die Rückgabe derſelben, welche denn nothwendig die *solutio* vorausſetzt. Am 1. März zahlt B die eine Hälfte der dos (subsequuta *deinde* pro parte numeratione), und in der Zwiſchenzeit, da die andere Hälfte von ihm nachgezahlt wird (alſo vor dem 1. Juny), erhält der X ein Pfandrecht auf daſſelbe Object. Quaerebatur de *pignore?* Hier ſoll der X dem B nachſtehen, weil die am 1. Februar getroffene Verabredung, nach welcher das verpfändete Object für die Rückgabe der ganzen dos haften ſoll, entſcheiden müſſe (*observanda* est dies contractae obligationis). Damit iſt aber noch nicht geſagt, daß das Pfandrecht des B ſchon *ex die dotis promissae* anfange. Denn nach der L. 4. und L. 11. D. cit., nach allgemeinen Gründen, und nach der Analogie anderer Geſetzſtellen, kann es erſt ex die dotis pro parte *solutae* anfangen, weil es in der Willkühr des debitor hypothecarius (futurus) ſteht, wann er durch die erſte Annahme der dos ſich zur Rückgabe derſelben als debitor, und damit zugleich als debitor hypothecarius (praesens) verpflichten will. Setzen wir: der A verpfändet in der Zwiſchenzeit der dos *promissa* und *pro parte soluta* (alſo innerhalb der Zeit des 1. Februar bis zum 1. März) das zum voraus dem B verpfändete Object einem Dritten: ſo wird dieſer Dritte wohl unläugbar dem B vorgehen. Denn das Pfandrecht des B kann jetzt noch nicht anfangen, weil der A noch nichts von ihm empfangen hat, und das Empfangen oder Nicht-Empfangen lediglich in des letzteren Willkühr geſetzt iſt. Dieß iſt gewiß der Conſequenz gemäß, ſo wie den Regeln über die Auslegung der Geſetze.

Man könnte gegen meine Darſtellung einwenden: auch hier hange es ja von der Willkühr des debitor hypothecarius ab, ob überhaupt, und wann er den Reſt annehmen

wolle. Mithin ſey dieſer Fall von dem Falle unter Nr. 1. nicht verſchieden. Allein zwiſchen beyden findet doch ein weſentlicher Unterſchied Statt. In dem Falle sub Nr. 1. ſetzten wir eine bloße *promissio* auf dos, oder auf mutuum. Damit iſt denn nur das Recht gegen den Schuldner (als zukünftigen Gläubiger) gegeben, daß er aus und gemäß dem Verſprechen die dos, oder das mutuum zahle. Bevor er alſo nicht gegeben, und der Berechtigte (der creditor) nicht angenommen hat, iſt dieſer noch nicht als debitor ex mutuo oder ex dote, mithin auch nicht als Pfandſchuldner zur Rückgabe verpflichtet. Folglich kann das zum voraus auf ein beſtimmtes Object eventuell, d. h. für die Rückgabe des gezahlten Geldes beſtellte Pfandrecht, auch erſt mit dem Momente der Annahme anfangen. Hier dagegen hat ſich der debitor hypothecarius (als Berechtigter, und Verpflichteter) durch die Acceptation, wenn gleich nur durch eine theilweiſe, ſchon wirklich verpflichtet gemacht, und ſofern es nur von ihm abhängt, jeden Augenblick den Reſt einzutreiben, und er ſich nachher wirklich denſelben auszahlen läßt: in ſofern würde es unbillig ſeyn, den B als creditor hypothecarius, unter der mora, oder gar unter dem böſen Willen ſeines Schuldners, wider die getroffene ausdrückliche Verabredung leiden zu laſſen. Aber mehr ſagt das Geſetz nicht! Nur das in der Zwiſchenzeit zwiſchen den beyden Zahlungstagen (diebus solutionum) auf daſſelbe Object feſtgeſetzte Pfandrecht ſoll nachſtehen. In Anſehung deſſen, was vor dieſer Zeit geſchah, iſt die Willkühr des künftigen debitor noch ungebunden.

Schon die Gloſſatoren wußten ſich in den Entſcheidungsgrund der L. 1. D. cit., im Vergleich mit dem der L. 4. und L. 11. D. cit., nicht recht zu finden. Sie glaubten, der eigentliche Grund, weshalb der dies contractae obligationis (welchen ſie mit Unrecht auf den Anfang des Pfandrechts bezogen), und nicht der dies solutionis (ſoll heißen: solutionum) entſcheide, beruhe darauf,

daß der Ehemann nicht, wie in den Fällen der L. 4. und L. 11. D. cit., in seiner *potestas* habe, ob er durch Annahme der dos promissa obligirt werden wolle, oder nicht. Denn er sey zur Acceptation verpflichtet, weil es hier auf das Beste der Ehe ankomme. Allein, weshalb beruft sich denn Papinian nicht auf diese ratio? Sollte er selber sich dieses entscheidenden Grundes nicht bewußt gewesen seyn? Das möchte kaum anzunehmen seyn! Und doch ist dieser Grund nach der Ansicht der Glossatoren, die wohl fühlten, daß Papinian's ratio auch auf die Fälle der beyden andern Gesetzstellen paßte, der entscheidende oder Hauptgrund! Auch kann man nicht sagen: es sey hier kein pactum remissorium von Seiten des Ehemannes denkbar. Möglich ist ein solches allerdings, wenn gleich unwahrscheinlich, weil unsere L. 1. D. cit. eine dos *receptitia* voraussetzt (de restituenda *sibi* dote). Auf allen Fall hängt es aber doch von der Willkühr des Ehemannes ab, wann er den promissor dotis auf Zahlung der dos belangen will, und in sofern ist er auch nicht eher zur Rückgabe derselben obligirt; d. h. der dies contractae obligationis ist nicht der dies hypothecae, oder: mit diesem fängt nicht das Pfandrecht des dotis promissor an. Er allein ist zur Zahlung verpflichtet, nicht aber der A zur Annahme, noch weniger zur sofortigen Acceptation; und von einer Verpflichtung zur Rückgabe kann doch erst vom Augenblick der Annahme geredet werden. Für diese obligatio zur Rückgabe wurde ja auch das Pfand ausdrücklich bestellt.

Meine Erklärung scheint mir daher ganz ungezwungen, und natürlich. Auch entspricht sie den Worten, und dem Inhalte der Gesetzstellen selbst. Doch lasse ich mich gern anders hierüber belehren. Will man daher in der Lex 1. D. cit. dennoch den Satz ausgesprochen finden, daß die dos *promissa*, im Verhältniß des Ehemannes zum promissor, der dos *soluta* gleich stehe — wovon indeß in dem Gesetze selbst kein Wort steht, und wofür es überhaupt ke-

nen vernünftigen Grund gibt: ſo könnte man den Unterſchied beyder Fälle (der dos und des mutuum) vielleicht noch darin ſetzen, daß man ſagte: der Entſcheidungsgrund der L. 1. D. cit. paſſe nicht auf die promissio *mutui*, wie auf die promissio *dotis*. Denn, ſtreng genommen, könne der promissor mutui nicht gezwungen werden, das verſprochene Darlehn wider ſeinen Willen auszuzahlen, ſo wenig wie der creditor, daß er daſſelbe annehme. Beyde, der debitor und creditor, könnten daher nur auf Erſatzleiſtung belangt werden; der Letztere wegen Nicht-Annahme, der Erſtere wegen Nicht-Zahlung, oder wegen des Entbehrens. Bey der *dotis* promissio verhalte es ſich dagegen anders! Hier ſey der debitor, nach der L. 1. cit., ad universae quantitatis exsolutionem wirklich obligirt, und könne dazu wider ſeinen Willen angehalten werden. — Allein damit wird die Sache noch keineswegs erledigt. Denn nichts deſto weniger paßt der Entſcheidungsgrund der L. 4. und L. 11. cit. auch auf die *dos* promissa, d. h. in Beziehung auf das ob und wann der wirklichen Verpflichtung zur Reſtitution sub pignore. Zudem iſt der Satz: die dos promissa iſt der dos soluta ganz gleich, gar nicht in der L. 1. cit. enthalten, und entſpricht eben ſo wenig, wie bemerkt wurde, allgemeinen geſetzlichen Gründen. Das Geſetz ſagt nur: die dos pro parte *soluta* ſoll, die Nachzahlung des Reſtes vorausgeſetzt, gleiche Wirkung mit der solutio universae dotis haben. Mithin wird denn doch die *solutio* (wenn gleich nur partis) zum Anfange des Pfandrechts vorausgeſetzt, und zwar ſchon deshalb, weil dieſes ja nur zur Sicherheit der Rückgabe beſtellt wurde.

So weit hierüber! Die Abſchnitte über den Anfang des prätoriſchen Pfandrechts (Diss. §. 17. und 19.), gegen welche Mayer (a. a. O. S. 82—87) im Einzelnen manche ſehr treffende Einwendungen macht, übergehe ich hier, und verſpare die Erörterung der Sache auf eine andere, gelegnere Zeit. Ich müßte beſorgen, die Gränzen eines bloßen

Aufſatzes zu überſchreiten, wenn ich in demſelben auch nur die Erörterung der Hauptabſchnitte meiner Abhandlung aufnehmen wollte. Auch ſcheint mir das prätoriſche und richterliche Pfandrecht noch ein beſonderes Studium zu erfordern. Zu dieſem wird ſich mir hoffentlich bald eine Gelegenheit darbieten. Ich wende mich daher jetzt, nnd zuletzt noch:

8) zum §. 21. meiner Diss. (p. 162—187) über bedingte Verpfändung, und unbedingte Verpfändung für bedingte Forderungen. Natürlich wird hier nur das Beſtrittene hervorgehoben. Die Hauptfrage iſt nun dieſe: von wann an fängt das, an dem zukünftigen Vermögen des debitor beſtellte Pfandrecht an? Vom Tage der Verpfändung? Oder vom Tage des Erwerbs? Man kann nun aber entweder ſein geſammtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen (res praesentes et futuras), oder bloß das zukünftige Vermögen (res futuras), und zwar entweder ganz (omnes res futuras), oder nur theilweiſe, d. h. ein ſpecielles zukünftiges Vermögensſtück, z. B. eine res *aliena* unter der Bedingung: si debitoris facta fuerit, verpfänden. Im letzteren Falle muß jedoch dieſe Bedingung ausdrücklich hinzugefügt ſeyn, weil eine res aliena als ſolche nicht Gegenſtand des Verkehrs dritter Perſonen ſeyn kann. L. 16. §. 7. D. de pignor. Bey der Verpfändung des geſammten zukünftigen Vermögens bedarf es aber deſſen nicht. Denn man hat dabey keine ſpecielle res aliena, oder mehrere res alienas, oder den ganzen Inbegriff derſelben im Auge, ſondern man verpfändet nur unbeſtimmt dasjenige, was man dereinſt erwerben wird. Mithin iſt man ſich dabey der einzelnen Objecte dieſes Erwerbs gar nicht bewußt, noch kann man ſich ihrer bewußt ſeyn. Denn, wie läßt ſich die Gelegenheit des Erwerbs zum voraus berechnen, und beſtimmen? Und wie kann man ſchon jetzt wiſſen, was Einem dereinſt zu erwerben gefallen werde? Abgeſehen von dieſer Verſchiedenheit der Form, ſind ſich beyde Fälle der Verpfändung im Weſentlichen gleich, d. h. in beyden iſt dieſelbe verbindende

Kraft, beyde ſtehen der Wirkung nach auf ganz gleicher Stufe. Mithin muß auch der Anfang des Pfandrechts in beyden Fällen derſelbe ſeyn. Dieß läßt ſich leicht erweiſen. Wie dort die Bedingung: si debitoris facta fuerit ausdrücklich hinzugefügt wird: ſo liegt ſie hier ſtillſchweigend in dem Pfandvertrage über die ſämmtlichen res futurae.

In beyden Fällen iſt die Wirklichwerdung, und mit dieſer der Anfang des Pfandrechts (denn eins iſt durch das andere bedingt) von der Willkühr des *debitor* abhängig gemacht. Denn Niemand, alſo auch nicht der Gläubiger, kann ihn zwingen, daß er erwerbe (die res aliena oder überhaupt), noch weniger alſo, daß er zu dieſer beſtimmten Zeit erwerbe. Mithin iſt das ob und wann des Pfandrechts durchaus in ſeine Hand gegeben. Der creditor muß es ſich gefallen laſſen, daß der debitor entweder gar nicht, oder daß er zu dieſer (ſpäteren), und nicht zu einer andern (früheren) Zeit erwerben will. Nun werden aber Bedingungen, die von der Willkühr des Schuldners abhängig ſind, nicht zurückgezogen. Mithin kann das Pfandrecht auch nur vom Augenblick des Erwerbs, in specie der res aliena, ſonſt des übrigen Vermögens, anfangen. In dem erſten Falle iſt daſſelbe ja auch ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Erwerbs gerichtet. Der creditor erhält für jetzt nur die Zuſicherung (das Recht), daß ihm die res aliena, *si* debitoris facta fuerit, verpfändet ſeyn ſolle. Mithin wird ſie ihm erſt verpfändet, si debitoris *facta fuerit*, d. h. von dieſem Momente an. Eben daſſelbe muß von der Verpfändung des geſammten zukünftigen Vermögens, wegen der ſtillſchweigend darin enthaltenen Bedingung: si debitoris facta fuerit, behauptet werden. Mit der Zuſicherung (dem Recht) auf ein Recht, iſt das letztere, d. h. das Recht ſelbſt, worauf man einen Anſpruch hat, noch nicht gegeben. Denn, wie können Vermögensobjecte als verpfändet gedacht werden, die noch gar nicht exiſtiren? Und an ein Zurückziehen der conditio kann hier aus allgemeinen geſetzlichen Gründen eben ſo wenig

gedacht werden. Daher heißt es denn auch in der L. 11. §. 2. D. qui potiores: wer ſeine invecta et illata verpfände, werde dem Gläubiger nicht eher als Pfandſchuldner obligirt, als bis er die Illation ſeiner Effecten vorgenommen habe. Denn, was heißt die Verpfändung der invecta et illata wohl anders, als dieß: ich verpfände dir meine Mobilien, *si* invecta sunt et illata, und wiederum diejenigen, *quae* invecta et illata sunt. Das ob, das wann, und das was, iſt alſo in die Willkühr des Beſtellers gegeben, und bevor er ſelbſt nicht über dieſe Fragen entſchieden hat, kann von der Exiſtenz, und eben daher auch nicht von dem Anfange dieſes ſtillſchweigend bedingten Pfandrechts geredet werden. Eben ſo, wer ſeine res futuras verpfändet. Denn, was heißt dieß anders als: er verpfändet res, *si* adquisierit und *quas* adquisierit? Alſo iſt auch hiemit ein ſtillſchweigend bedingtes Pfandrecht gegeben.

Auch Zimmern (a. a. O. S. 253) iſt der Meinung, es könnten hier nur die Grundſätze über Bedingungen entſcheiden. Denn, ſobald eine künftig zu erwerbende Sache verpfändet werde, ſo ſey darin die Bedingung enthalten: wenn man daran das Eigenthum erlangen werde. Nun aber würden nur diejenigen Bedingungen zurückgezogen, die nicht von der Willkühr des Schuldners abhingen. L. 11. §. 2. cit. L. 9. §. 1. eod. (si modo non ea conditio sit, quae invito debitore sc. hypothecario impleri nequit.) Mithin würde darauf zu ſehen ſeyn, ob der Erwerb von der Willkühr des Schuldners abhinge, oder aber nicht, alſo z. B. ipso jure eintrete.

Auf allen Fall entſcheidet alſo die Zeit des Erwerbs, dieſer geſchehe nun auf die eine, oder auf die andere Weiſe, und nicht der dies contractae obligationis! Doch glaubt Zimmern, die Geſetze entſchieden nicht ſpeciell über unſere Frage. Davon nachher!

Ich hatte in meiner Diss. p. 164. 165. geſagt: wenn der debitor hypothecarius ſich vermöge einer rechtlichen

Uebereinkunft verpflichtet habe, diejenige Handlung vorzunehmen, die ſonſt von ſeiner Willkühr abhange, und mit welcher erſt die Exiſtenz, alſo auch der Anfang des Pfandrechts gegeben werde: ſo habe es kein Bedenken, daß der *dies contractae obligationis* der dies hypothecae ſey. Setzen wir z. B., der Pächter beſtellt dem Verpächter ein Pfandrecht an ſeinen invectis et illatis, und verſpricht dabey, ſeine ſämmtlichen Effecten noch an demſelben Tage, wo die Pacht ihren Anfang nehmen würde, einzubringen. Hier iſt ſeine Willkühr in Anſehung des ob, des wann, und des was beſchränkt. Es exiſtirt alſo gar keine conditio potestativa mehr. Mithin kann dem Verpächter die ſpätere Illation nicht ſchaden, ſondern es muß das Pfandrecht an den invectis et illatis mit dem Tage der Hauptobligation (der angefangenen Pacht) anfangen. Mayer (a. a. O. S. 87) findet hier einen Widerſpruch mit der von mir kurz darauf gebilligten Meinung, daß die unter der Bedingung des Erwerbs gemachte Verpfändung einer fremden Sache eine ſolche ſey, quae invito debitore nicht erfüllt werden könne. Ich muß geſtehen, daß ich den Widerſpruch nicht einzuſehen vermag. Beyde Fälle ſind durchaus verſchieden. Wer eine fremde Sache unter der angegebenen Bedingung (des Erwerbs) verpfändet, verpflichtet ſich ja nicht, daß er ſie wirklich erwerben wolle, und eben ſo wenig, wann dieß vor ſich gehen ſolle. Beydes würde er oftmals, ſelbſt mit dem beſten Willen, nicht im Stande ſeyn zu beſtimmen. Der Pächter kann dagegen ſeine Willkühr in Anſehung des ob, des wann, und des was bey der Illation binden, weil die verpfändeten Objecte ſchon bey ihm, oder in ſeinem Vermögen exiſtiren.

Es fragt ſich nun aber: entſcheiden die Geſetze ſelbſt über unſern Fall? oder müſſen wir uns hier bloß mit allgemeinen Rechtsgrundſätzen begnügen, und lediglich mittelſt dieſer unſere Frage entſcheiden? Denn, mit dem non liquet reichen wir hier, da die Sache doch einmal entſchieden

werden muß, nicht aus. Sprechen nun aber ſchon allgemeine Rechtsgrundſätze, wie dieß auch Zimmern mit uns annimmt, für die Zeit des Erwerbs, und nicht für den dies contractae obligationis: ſo iſt in der That nicht einzuſehen, weshalb wir bey der Auslegung der hierher gehörigen Geſetzſtellen nicht lieber den natürlichen und einfachen Gang der Interpretation wählen, als unnöthige Schwierigkeiten machen. Denn es hat wohl kein Bedenken, daß ſelbſt in den klarſten Geſetzen der Interpret, wenn er will, viele Schwierigkeiten entdecken kann, an die bey der Abfaſſung deſſelben wohl Niemand dachte, noch denken konnte. Mayer ſcheint ſich für Nichts zu entſcheiden, wenn nicht vielleicht aus ſeiner Interpretation der L. 21. D. h. t. (von welcher nachher) das Gegentheil angenommen werden dürfte. Er macht eigentlich nur Schwierigkeiten, um zu einer deſto ſorgfältigeren Prüfung Anlaß zu geben. Dieſe Winke wollen wir denn, wie es ſich gebührt, dankbar benutzen.

Nach der L. 15. D. pr. de pignor., und L. 11. D. §. 3. qui potior. können als *res futurae* ſpeciell verpfändet werden: fructus, partus ancillae, foetus pecorum u. ſ. w. Wann aber das Pfandrecht anfängt, wird in dieſen Geſetzſtellen ſelbſt nicht beſtimmt. Doch iſt Geſterding (vom Pfandrecht S. 61) der Meinung, daß hier die Zeit der Beſtellung, und nicht der Separation entſcheide. Allein die L. 11. cit. beſchäftigt ſich mit der Beantwortung einer ganz anderen Frage, und ſagt keineswegs, daß es dabey nur darauf ankomme, ob die Hauptſache dem Schuldner zur Zeit der Verpfändung gehörte, oder ihm ein Recht auf den Fruchtgenuß zuſtand, »damit das Pfandrecht ſogleich von Zeit der Beſtellung ſeinen Anfang nehme.“ Dagegen heißt es in der L. 8. D. de contr. emt. (18. 1.): fructus et partus futuri recte emuntur, ut, cum editus est partus, *jam tunc*, *cum contractum esset negotium*, venditio facta intelligatur. Soll daſſelbe nun auch vom Pfandrecht behauptet werden? Dafür ſprechen gewiß alle Gründe. Reh-

men wir nun aber auch mit Mayer (a. a. O. S. 88) gegen meine Meinung (Diss. p. 167) an, daß die conditio tacita: *si nascantur* den Verkauf, wie die Verpfändung zu einem bedingten (conditionellen) Rechtsgeschäfte mache: so hat ja doch die L. 8. D. cit. den Satz ausgesprochen, daß diese conditio, im Fall der Existenz der fructus, keine *potestativa* sey, mithin auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen werden dürfe. Außerdem findet ein wesentlicher Unterschied zwischen der speciellen Verpfändung der res futurae dieser Art, und der Verpfändung des gesammten zukünftigen Vermögens (der eigentlich s. g. res futurae) Statt, worauf ich mit Gesterding (a. a. O. S. 57. 62) schon in meiner Abhandlung (S. 167, 168) aufmerksam gemacht hatte; und aus diesem Unterschiede erklärt sich denn der verschiedene Zeitpunkt des Pfandrechts in diesem und jenem Falle auf eine höchst einfache Weise.

Die Hauptstelle ist hier, wie bekannt, die *L.* 7. §. 1. *D. qui potiores*, über deren Auslegung man sich noch immer nicht vereinigen kann, und Zimmern nennt außer den von mir genannten, noch Mühlenbruch Doctr. Pandect. §. 414. not. 10, und Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. 2. §. 128. Nr. 2. als Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht. Mir dagegen schien die obige Gesetzstelle unwiderleglich für die von Gesterding und Glück angenommene Ansicht zu streiten (Diss. p. 169 fg.); und ich muß gestehen, daß ich mich, der Einwendungen ungeachtet, die dawider vorgebracht wurden, noch immer von der Richtigkeit derselben überzeugt halte. Sie lautet zu Anfang also: Si tibi quae habiturus sum obligaverim, et Titio specialiter fundum si in dominium meum perveniret, mox dominium ejus adquisiero: putat Marcellus, *concurrere utrumque creditorem in pignore.*

Ich hatte in meiner Diss. cit. gesagt: die Annahme einer gleichzeitigen Bestellung des Pfandrechts habe keinen vernünftigen Grund. In der That findet sich auch keine

Spur davon in unſerer Geſetzſtelle. Doch bemerkt Zimmern: aber auch das Gegentheil (die ſucceſſive Beſtellung) ſey nicht erwieſen. Denn es heiße ja nicht et *postea* Titio, und beyde Namen hätten freylich nicht zu gleicher Zeit aus der Feder kommen können.

Allein, wenn wir auf dieſe Weiſe zugeſtehen, daß eines Theils die gleichzeitige Pfandbeſtellung nicht erwieſen ſey, andern Theils aber auch die ſucceſſive als gleich unerweislich läugnen: ſo gerathen wir dadurch in ein betrübtes *non liquet*, welches weder der Wiſſenſchaft, noch irgend einer der ſtreitenden Partheyen zuſagen kann. Denn, alsdann exiſtirte die L. 7. §. 1. D. cit. ſo gut wie gar nicht für uns. Und doch ſoll und muß ſo gut dieſe, wie jede andere ſtreitige Geſetzſtelle entſchieden werden! Da nun Zimmern ſich nachmals ſelbſt, nach allgemeinen Grundſätzen über die Bedingungen, für den Zeitpunkt des Erwerbs bey ſucceſſiver Verpfändung der res futurae erklärt: ſo iſt nicht einzuſehen, weshalb wir unſere Geſetzſtelle nicht lieber auf dieſen Fall, als auf die gleichzeitige Pfandbeſtellung beziehen ſollten. Denn, im letzten Falle würde das Geſetz nur den nüchternen, ſich ganz von ſelbſt verſtehenden Satz ausſprechen, daß von gleichzeitig entſtandenen Pfandrechten — keins den Vorrang vor dem andern habe. Wozu ſollte ſich Ulpian da noch erſt auf den Marcellus berufen (putat Marcellus), und ſich die Mühe geben, deſſen Meinung noch durch beſondere Gründe (von welchen nachher) zu beſtätigen? Möglich iſt hier allerdings eine gleichzeitige Beſtellung der Pfandrechte; aber ſie iſt, ſelbſt abgeſehen von den ſo eben gemachten Einwendungen, auch noch aus andern Gründen durchaus unwahrſcheinlich. Die Sache erledigt ſich, wie mir ſcheint, durch folgende ganz einfache Bemerkung. — Die menſchlichen Handlungen folgen in der Regel der Zeit nach auf einander. Daher bedarf es denn in der Gedankenverbindung nicht immer des ſchleppenden: dann, alsdann, zu einer andern Zeit (alio tempore), oder darauf (postea),

um anzuzeigen, daß man die Regel befolgt, d. h. die mehreren Handlungen nach einander vorgenommen habe. Denn da das ſucceſſive Handeln die Regel bildet, ſo verſteht ſich die Sache ſchon von ſelbſt, vor allen Dingen aber, wenn dabey, wie bey einem Rechtsgeſchäfte, eine Verſchiedenheit des Objects, und der Perſonen (der Berechtigten) obwaltet. Die einfache Copula: und, insbeſondere aber das Vorſetzen der einen Handlung vor der andern in der Redeverbindung, reicht daher ſchon hin, um das Getrenntſeyn, und die Verſchiedenheit der Handlungen der Zeit nach zu bezeichnen. Wenn wir dagegen ein gleichzeitiges Handeln bezeichnen wollen: ſo müſſen wir dieß ausdrücklich durch das: zu gleicher Zeit, iisdem temporibus, simul u. ſ. w. angeben. Denn, da das ſucceſſive Handeln die Regel bildet: ſo würde Niemand im Stande ſeyn, ohne dieſen Zuſatz unſere Abſicht zu errathen. In allen Fällen alſo, wo der Gegenſatz gegen die Regel (das Succeſſive), oder die Deutlichkeit dieß nöthig macht, werden wir uns des einen oder andern dieſer Ausdrücke, aber dann auch nothwendig bedienen müſſen. Daher heißt es denn von der gleichzeitigen Verpfändung in der L. 16. §. 8. D. de pignoribus: Si duo *pariter* de hypotheca paciscantur; in der L. 10. D. eod.: Si debitor res suas duobus *simul* pignori obligaverit, u. ſ. w. Eben ſo wird umgekehrt an vielen Stellen das *diversis temporibus* gebraucht, weil dieß die Gedankenverbindung nothwendig macht, indem das eine Geſchäft nicht vor dem andern (wie hier) genannt iſt, ſondern beyde in einem Satze ausgedrückt ſind; z. B. L. 15. pr. D. qui pot., und an vielen Stellen des Tit. Cod. eod. Dagegen werden wir in unzähligen Fällen nicht nur in der Lehre vom Pfandrecht, ſondern überhaupt in allen Lehren, den Ausdruck: *diversis temporibus*, *postea*, *deinde* u. ſ. w., weil ihn die Deutlichkeit nicht grade erfordert, vermiſſen, und doch im Stande ſeyn, den Sinn des Geſetzes richtig aufzufaſſen und zu verſtehen. Allein, das gleichzeitige Verkaufen, Verpfänden, Ver-

ſchenken, Vertauſchen u. ſ. w. verſchiedener Objecte an verſchiedenen Perſonen bildet immer die Ausnahme; daher muß, wenn der Richter ein ſolches annehmen ſoll, das Geſetz, oder der Wille der Partheyen dieß ausdrücklich ſo angegeben haben. Sonſt wird er genöthigt ſeyn, die Regel, d. h. das ſucceſſive Verkaufen, Vertauſchen, Verpfänden u. ſ. w. anzunehmen. Ich glaube daher gegen Zimmern, daß das fehlende postea, oder diversis temporibus hier nichts für die gleichzeitige Pfandbeſtellung erweiſe, ſondern umgekehrt das fehlende diversis temporibus, simul, oder pariter für die ſucceſſive Beſtellung, als die Regel, ſpreche. Zu dieſen äußeren Gründen kommen noch die oben entwickelten inneren aus dem Geſetze ſelbſt.

Für die ſucceſſive Pfandbeſtellung ſpricht offenbar auch der Schlußſatz unſerer L. 7. cit. Ulpian unterſtützt des Marcellus Meinung durch folgenden Grund: non enim multum facit, quod de suo numos debitor (sc. hypothecarius) dederit (sc. ad emendum fundum), quippe cum res ex numis *pigneratis* empta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat. Dieß kann nur ſo verſtanden werden: der A hatte ſich das geſammte (gegenwärtige und zukünftige) Vermögen des X verpfänden laſſen, der B nur einen *fundus* unter der Bedingung: si in dominium debitoris pervenerit, alſo eine ſpecielle res futura, die, wie aus der hinzugefügten Bedingung (L. 16. §. 7. D. de pignor.) und aus dem Nachſatze (mox *dominium* ejus adquisiero, und *empta* est) unwiderleglich hervorgeht, zur Zeit der Verabredung noch *res aliena* war. Der Schuldner X mußte alſo wohl damals ſchon in Unterhandlungen über den Ankauf des fundus mit dem Eigenthümer geſtanden haben. Die *conditio adjecta* machte nun aber dieſen ſpeciellen Pfandvertrag ſchon nach der L. 16. §. 7. cit. rechtsgültig; und eben ſo wenig konnte die Gültigkeit der Verpfändung der res quas debitor habiturus sit, ohne dieſe Bedingung, in Zweifel gezogen wer-

den. Davon war ſchon oben die Rede. Mithin ließ ſich gegen die Wirkſamkeit und Gültigkeit beyder Pfandverträge im Allgemeinen nichts einwenden (dieß gegen Mayers Anſicht a. a. O. S. 89); und es fragte ſich daher hier nur: weſſen Pfandrecht geht vor? mit a. W., entſcheidet hier die verſchiedene Zeit der Beſtellung (der dies contractae obligationis), alſo z. B. für den A der 1. März, für den B der 1. April? Oder aber die Zeit des Erwerbs? Hierauf lautet Ulpian's Antwort nach Marcellus: concurrere utrumque creditorem in pignore, d. h. ſie erwerben zu gleicher Zeit (jeder natürlich pro rata) ein Pfandrecht an dem neu erworbenen fundus. Mithin entſcheidet hier nicht die Zeit der Verpfändung (resp. der 1. März, und der 1. April) — ſondern die Zeit des Erwerbs.

Man könnte dawider einwenden: dieſe Darſtellung ſey auf der Suppoſition der ſucceſſiven Verpfändung gegründet, und ſtehe und falle mit dieſer. Allein, daß dieſe Annahme keine bloße Suppoſition ſey, glaube ich oben erwieſen zu haben; und nun iſt eben meine Abſicht, aus den angeführten Schlußworten Ulpian's dieß noch mehr zu beſtätigen. Ulpian ſagt nämlich: man könne vielleicht einwenden, der Pfandſchuldner habe ja den fundus aus dem, dem A mittelſt deſſen generellen Hypothek verpfändeten Gelde erkauft, und aus dieſem Grunde müſſe der A dem B vorgehen. Denn, das Geld gehörte ja zur Zeit der Verpfändung zum gegenwärtigen Vermögen des X. Mithin würde, wenn hier die Regel einträte: res succedit in locum pretii, auch der *fundus* als zum gegenwärtigen Vermögen des X gehörig angeſehen werden müſſen. Allein Ulpian ſagt: res *non* succedit in locum pretii, mithin iſt der fundus, welchen der X gekauft, auch in Beziehung auf den A eine *res futura*, und daher kann denn dieſer in keiner Hinſicht irgend einen Vorzug für ſich ableiten. Dieß ganze Raiſonnement über den Vorrang iſt nur unter der doppelten Vorausſetzung denkbar, daß 1) die Pfandverſchreibung eine ſucceſſive war (gegen

Zimmern), und daß 2) Ulpian die Frage über den Anfang, und nicht über die Wirkſamkeit oder Gültigkeit der Pfandbeſtellung im Allgemeinen (gegen Mayer), beantworten wollte. Denn ſetzen wir, die generelle Hypothek des A und die ſpecielle des B ſeyen zu gleicher Zeit beſtellt: ſo würde ja die Frage: ob nicht vielleicht der A aus den obigen Gründen einen Vorrang an dem fundus für ſich ableiten könne? durchaus nutzlos und überflüſſig ſeyn. Es verſteht ſich nämlich ganz von ſelbſt, daß von gleich Berechtigten Keiner den Vorzug vor dem Andern haben kann — ſelbſt dann nicht, wenn hier wirklich die Regel eintreten ſollte: res succedit in locum pretii.

Nachträglich muß ich indeß noch Folgendes bemerken. Ich hatte angenommen, das Pfandrecht des A ſey an dem geſammten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen beſtellt worden. Dieß bedarf, wie ich jetzt einſehe, einer Berichtigung. Denn die L. 7. §. 1. cit. ſpricht ausdrücklich nur von dem Pfandrechte an den res, quas debitor *habiturus sit*. Wir müſſen uns alſo die Sache vielmehr ſo denken. Nach dem erſten Pfandvertrage erwirbt der Schuldner Geld, welches als *res futura* dem A, aber natürlich auch nur dieſem, verpfändet wird. Denn, dem B iſt ja nur auf den *fundus* ein Pfandrecht beſtellt. Nun, ſagt Ulpian, könne man nicht behaupten, der A ſchließe hier den B aus, weil der fundus mit dem ihm verpfändeten Gelde erworben ſey Vielmehr concurrirten ſie beyde in pignore, weil es falſch ſey, daß die res in locum pretii ſuccedire. Der A erhält alſo keinen Vorzug vor dem B.

Indeß auch Mayer (a. a. O. S. 89. 90) iſt der Meinung, die L. 7. §. 1. cit. beweiſe nichts für meine Anſicht. Denn, wenn ich die gleichzeitige Verpfändung ein merum figmentum, cujus nulla sana ratio reddi possit nenne: ſo ſey dieß figmentum doch durch nichts dargethan. — Ich muß geſtehen, daß ich mir ſchon damals, als ich dieſes ſchrieb, eben derſelben Gründe bewußt war,

die ich oben entwickelt habe, und aus welchen ich dieſe Annahme für eine durchaus grundloſe Suppoſition erklären zu müſſen glaubte. Nur darin habe ich gefehlt, daß ich mich auf dieſe Gründe nicht ausdrücklich berufen habe. Allein die Sache ſchien mir ſchon für ſich ſelbſt zu ſprechen, wie ich dieß auch jetzt noch glaube.

Uebrigens, meint Mayer, ſey für meine Meinung auch dann noch nichts gewonnen, wenn man ſelbſt eine ſucceſſive Beſtellung annehme. Denn in dem concurrere liege bloß das Zuſammentreffen, nicht aber grade das Zuſammentreffen mit gleichem Rechte. Wie man ſage: quotiens concurrunt plures actiones ... una quis experiri debet (L. 43. §. 1. D. de R. J.), alſo daß das concurrere grade einen Ausſchluß der actio begründe: eben ſo könne man auch ſagen: potiens plura pignora diverso tempore data concurrunt, alterum per alterum *excluditur*. Dieſer ſchon älteren Erklärung ließe ſich nicht entgegenhalten, daß man keinen Zweck in der Aeußerung finde. Denn man finde immerhin denſelben noch darin, welchen man bey Marcian L. 16. §. 7. D. de pignor. finde — den nämlich, zu zeigen, daß eine ſpecielle Verpfändung einer fremden Sache, wenn ſie unter einer Bedingung geſchehe, eben ſo kräftig ſey, als eine allgemeine, auf zukünftigen Erwerb gerichtete.

Alſo: die Abſicht Ulpian's war nur zu zeigen, daß eine *res aliena* unter der Bedingung: si debitoris facta fuerit, rechtsgültig verpfändet werden könne! Ich habe mich ſchon oben hierüber ausgeſprochen. Nicht über die Wirkſamkeit im Allgemeinen, ſondern über den Anfang des Pfandrechts will ſich Ulpian nach des Marcellus Meinung erklären. Dafür ſpricht das Geſetz mit innerer Nothwendigkeit, und auch ſchon die Stellung deſſelben in dem Titel: qui *potiores* in pignore zeigt dieß an. Und wozu, fragen wir, miſcht hier Ulpian noch einen andern Pfandgläubiger, den generellen, mit ins Spiel, wenn nur dieß ſeine Abſicht war?

Er hätte ſich dann ja weit einfacher ausdrücken können, wie Marcian in der L. 16. §. 7. cit., mit Weglaſſung des erſten Pfandgläubigers! Allein, wendet Mayer ein, ſeine Abſicht war ja eben zu zeigen, daß eine ſpecielle Verpfändung der Art eben ſo kräftig ſey, als eine allgemeine, auf zukünftigen Erwerb gerichtete. Auch dieß beweiſt nichts. Denn, iſt die Verpfändung einer res aliena (d. h. einer ſpeciellen res *futura* *)) unter den angegebenen Bedingungen im Allgemeinen rechtsgültig: ſo verſteht es ſich ganz von ſelbſt, und wir ziehen auch ohne Ulpian und Marcellus die Schlußfolgerung daraus, daß ſie eben ſo wirke, als die allgemeine Verpfändung der res futurae. Aber noch mehr! Mayer ſetzt (freylich als unerwieſen) mit uns die ſucceſſive Verpfändung voraus, alſo daß das Pfandrecht des A dem ſpeciellen des B der Zeit nach vorangegangen ſey. Nun will Ulpian ſagen: das Pfandrecht des B ſey eben ſo wirkſam als das des A, und ſagt doch: alterum per alterum *excluditur*, d. h. das des A geht dem des B vor. Der B erhält alſo gar keine Rechte, und mit dieſem Satze iſt (direct? oder indirect?) geſagt: das Pfandrecht deſſelben ſey eben ſo wirkſam, als das des B. Dieſen Widerſpruch zu reimen, bin ich durchaus nicht im Stande. Das Geſetz würde auf dieſe Weiſe entweder gar keinen Zweck gehabt, oder den vorgeſetzten Zweck auf eine durchaus ſinnloſe Weiſe verfolgt haben. Auch iſt klar, daß, wenn Ulpian bloß dieſen Zweck vor Augen gehabt hätte, er nicht geſagt haben würde: *concurrit* uterque creditor — denn auf dieſem concurrere beruht ja der ganze Nachdruck; ſondern valet, oder obtinet, oder locum habet Titii pignus, non minus quam alterius.

*) Wer nämlich eine res aliena verpfändet, verpfändet eine ſpecielle res *futura*, womit aber nicht umgekehrt geſagt wird, daß jede Verpfändung einer ſpeciellen res futura auch eine res *aliena* ſeyn müſſe. Davon war ſchon oben die Rede.

Und ſollten wir denn wirklich das: concurrit uterque creditor in pignore ohne allen weiteren Zuſatz ſo deuten dürfen, daß der eine Gläubiger den andern ausſchließe? Dieſen Begriff des Ausſchließens wird gewiß Niemand in dem *concurrere* ſuchen! Das concurrere kann allerdings unter Umſtänden ein Ausſchließen begründen; allein wann dieß geſchehen ſoll, das muß das Geſetz erſt ausſprechen. Läge ſchon in dem Begriff des concurrere das Ausſchließen, ſo müßten wir ſagen: ſo oft mehrere Rechte, oder Klagen zuſammentreffen, ſchließt allezeit Eins das Andere aus. Allein dieß wird gewiß Niemand im Ernſte behaupten wollen! Wenn eine und dieſelbe Perſon aus verſchiedenen Rechtsgründen auf daſſelbe Object Klage erheben kann: ſo ſchließt oftmals die erhobene Klage aus dem einen Rechtsgrunde, den Geſetzen nach, die aus dem andern aus. Allein hier haben wir mehrere Berechtigte auf daſſelbe Object! Und wenn nun das Geſetz ſagt: dieſe Mehreren treffen zuſammen, kann dieß wohl ſo viel ſagen, als: Einer hat allein das ausſchließliche Recht, die Andern bekommen nichts? — Alſo: die Möglichkeit des Ausſchließens läßt ſich hier freylich nicht läugnen; aber die wirkliche Ausſchließung liegt noch nicht in dem bloßen Begriff des concurrere. Dazu bedarf es vielmehr beſonderer geſetzlicher Gründe, z. B. weil das Pfandrecht des Einen privilegirt, das des Andern nicht privilegirt iſt; weil das eine ein pignus publicum, das andere ein pignus privatum iſt, u. ſ. w. Von allen dieſen iſt hier aber gar nicht die Rede, ſondern es heißt nur: *concurrit* uterque creditor in pignore, und da die Frage über den Anfang, und damit über den Vorzug der beyden Pfandgläubiger aufgeworfen wurde: ſo wird durch dieß concurrere, im Gegenſatze des ſonſt üblichen *potior est eo, praevalet* u. ſ. w, grade das Nicht-Ausſchließen des Einen durch den Andern bezeichnet. Man braucht auch nur an die Stellung unſerer Geſetzſtelle in dem Titel: qui *potiores* in pignore zu denken, um keinen Augenblick weiter

an die Richtigkeit dieſer Interpretation zu zweifeln. Eben ſo heißt es in L. 32. D. de reb. auct. jud. (42. 5.) von den perſönlich privilegirten Gläubigern: privilegia non *ex tempore* aestimantur, sed ex causa; et si ejusdem tituli fuerint, *concurrunt*, licet *diversitates temporis* in his fuerint. Das heißt doch wohl: auf den Vorzug der Zeit, wodurch der Eine durch den Andern ausgeſchloſſen wird, ſoll es hier nicht ankommen; ſondern das Vermögen verhältnißmäßig (pro rata debiti) vertheilt werden — ein abermaliger Beweis, daß das concurrere grade das Nicht-Ausſchließen bezeichnet.

Ich beſchränke mich hier natürlich bloß auf Widerlegung, und da ich diejenigen Umſtände, die, wie mir ſcheint, direct und ganz unzweifelbar für meine Anſicht ſtreiten, ſchon oben ausgeführt habe: ſo will ich ſie hier nicht wiederholen. Bis dahin alſo, daß triftigere Argumente beygebracht werden, muß ich bey meiner ſchon früher ausgeſprochenen Meinung bleiben.

Für dieſe hatte ich mich auch noch auf L. 34. §. 2. D. de pignor. mit Geſterding (v. Pfandr. S. 60) berufen (Diss. S. 171—173). Gern geſtehe ich, daß ich hier Baumbach mißverſtanden habe, und daß ſeine Erklärung der corpora pecuniae als „Geldſtücke" richtiger ſey, als die meinige (Mayer a. a. O. S. 90. Zimmern S. 232). Allein, der Umſtand, daß in dieſer Geſetzſtelle von keinem zweyten Pfandgläubiger die Rede ſey, und die Hauptfrage nur das Darlehn betreffe, kann doch wohl nicht in Betracht kommen. Spricht ſie nur anders wirklich den Satz aus: daß unter das Pfandrecht an den rebus futuris auch das empfangene Darlehn, und zwar vom Augenblick des Erwerbs falle: ſo muß, was von Einer Art der res futurae gilt, auch von allen andern behauptet werden, und was von dem einen Pfandgläubiger gilt, eben ſo gut von mehreren gelten, die zu verſchiedenen Zeiten ein Pfandrecht an dem geſammten, gegenwärtigen und zukünftigen, Vermö-

gen des debitor erhalten haben. Denn, datirt ſich das Pfandrecht des Einen erſt vom Augenblick des Erwerbs: ſo muß dieß auch von dem Andern behauptet werden. Mithin würden beyde nach unſerer L. 7. §. 1. D. cit., pro rata concurriren. Mag alſo immerhin die Frage über das Darlehn (ob nämlich auch dieſes mit unter den Pfandnexus falle?) die Hauptfrage ſeyn: ſo iſt doch für uns auch die Entſcheidung der Nebenfrage: von wann an das Pfandrecht an dem empfangenen Darlehn beginne? von Bedeutung. — Indeß iſt dieſe letztere Frage, wie Baumbach mit Recht erinnert hat, wohl nicht darin entſchieden, und konnte wohl auch nicht füglich darin entſchieden werden, weil das Geſetz nur von Einem Pfandgläubiger, vielleicht dem Einzigſten, redet, alſo ſchon deshalb kein Intereſſe daran nehmen konnte, den Anfang des Pfandrechts deſſelben zu beſtimmen. Auf das *coepisse* darf man gleichfalls nicht zu viel Nachdruck legen, und das: *cum* in bonis ejus facta sint iſt keineswegs identiſch mit: *ex* quo in bonis ejus f. s., ſondern zeigt nur den Entſtehungsgrund des Pfandrechts, welcher das Erwerben des Geldes zu Eigenthum iſt, an. Denn dieſer Erwerb iſt conditio sine qua non der Wirklichwerdung des pignus. Mithin gehört die L. 34. cit. gar nicht hieher. Nur freylich ſcheint es ſich von ſelbſt zu verſtehen, daß das Darlehn zu den rebus futuris gehören, mithin unter den Pfandnexus fallen mußte.

Was dagegen die L. 21. D. qui pot. betrifft (Diss. p. 174—181): ſo gibt Zimmern zu, daß ſie nicht wider meine Anſicht ſtreite, und eben daſſelbe geſteht auch Mayer (a. a. O. S. 93) in Anſehung der L. 28. D. de jure fisci zu (Diss. p. 182—185). Die Haltbarkeit oder Unhaltbarkeit meiner Interpretation der letzteren Geſetzſtelle zu unterſuchen, iſt hier nicht der Ort. Es genügt, daß dieſelbe unſerem Hauptgeſetz, der Lex 7. §. 1. D. cit., nicht widerſtreitet! — Eben daſſelbe laſſe ich von den Einwendungen gelten, die Mayer im Einzelnen gegen meine Ausle-

gung der L. 21. D. cit. gemacht hat. Denn, den Grund oder Ungrund derſelben zu unterſuchen, iſt hier ebenfalls nicht des Orts. Ihrem Inhalte nach widerſtreitet ſie aber nicht der L. 7. cit. Daher nur ſo viel gegen Mayer! Mag immerhin das geſetzliche Pfandrecht des fiscus an dem geſammten (gegenwärtigen und zukünftigen) Vermögen des debitor früher angefangen haben, als ich es mit Geſterding annahm (wofür a. a. O. S. 91, 92 mehrere Gründe beygebracht werden): ſo kann doch unſere Stelle unmöglich von dieſem pignus tacitum verſtanden werden. Denn, wenn es heißt: Titius verpfändet dem Fiscus res suas: ſo wird doch wohl Niemand dabey an ein geſetzliches Pfandrecht denken! Wer wollte ſich wohl ſo ausdrücken, wenn nach einer geſetzlichen Regel das Pfandrecht — ſchon von ſelbſt eintrit? Dann verpfändet ja nicht der *debitor*, ſondern die Güter werden ex lege von ſelbſt obligirt! Und wenn Mayer bemerkt: »postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit" heiße nicht: Titius entlehnte und verpfändete, ſondern: Titius verpfändete ſein ganzes Vermögen, indem er vom Fiscus entlehnte: ſo begreife ich nicht, was mit dieſer Wendung gewonnen werden ſoll. Denn, wir mögen uns ſo oder anders ausdrücken, ſo heißt es ja immer: Titius (nicht das Geſetz) verpfändete. Der *debitor* iſt alſo hier der Beſteller. Wie könnte wohl Titius ... obligavit, heißen: das Geſetz verpfändete ſtatt ſeiner? Und doch will dieß Mayer durch ſeine Wendung: er verpfändete ſein Vermögen, sc. kraft geſetzlicher Vorſchrift, d. h. er wurde in Anſehung ſeines Vermögens ex lege obligirt, herausbringen! Allein, der Er und das Geſetz haben nichts mit einander zu ſchaffen. Beym pignus conventionale obligirt der debitor ſich ſelbſt, beym tacitum wird er obligirt, er mag wollen oder nicht.

Mayer verweiſt endlich noch auf L. 6. §. 2. Cod. de secund. nupt. (5. 9.), und L. 7. Cod. de bonis quae lib. (6. 61.), als auf Geſetzſtellen, die außerdem noch für

unſere Hauptfrage von Bedeutung ſeyen. Allein, was die erſte Stelle betrifft: ſo habe ich mich ſchon oben bey Gelegenheit des Legalpfandes der Kinder in Betreff der lucra nuptialia, über ihren wahren Sinn ausgelaſſen, und glaube auch jetzt noch, daß ſie gar nicht hieher gehört. Statt der L. 7. C. cit. muß dagegen wohl eine andere gemeint ſeyn. Denn ſie hat etwas ganz Anderes, als das Pfandrecht, zum Gegenſtande. Eben ſo wenig bin ich im Stande, das Beweiſende der L. 7. Cod. qui potior. einzuſehen.

Schließlich glaube ich hier noch einmal mit gutem Gewiſſen verſichern zu können, daß ich keineswegs aus bloßer Luſt am Widerſpruch widerſprochen habe, oder deshalb, weil ich mir etwa vorgenommen haben ſollte, meine nun einmal aufgeſtellte Meinung ſchlechthin nicht fahren zu laſſen. Vielmehr iſt es das beſondere Intereſſe, welches iſt bisher an dieſer Lehre genommen, und auch jetzt noch nehme, mithin der Wunſch, dieſelbe richtig aufzufaſſen und zu ergründen, wodurch ich zur nochmaligen Prüfung meiner Anſichten bewogen wurde. Dieſe lege ich hiemit dem Publicum vor, mit dem Wunſche, daß es auch Andern gefallen möge, etwas mehr in dieſe bisher noch ſo wenig bearbeitete, und doch ſo wichtige Lehre einzugehen. Als Antikritik im gewöhnlichen Sinne des Worts kann dieſer Aufſatz nicht angeſehen werden. Dafür ſpricht ſchon die Form, und der Inhalt deſſelben. Denn er iſt im Grunde eine Reviſion meiner eigenen Anſichten, und eine Verbeſſerung derſelben, mit Benutzung der dawider erhobenen Zweifelsgründe, wobey es denn unmöglich darauf ankommen konnte, wo dieſelben vorgebracht wurden. Endlich ſpricht auch der Platz, welcher der vorliegenden Abhandlung in dieſem Archive vergönnt iſt, gegen die bloße Antikritik. Es liegt mir in der That! viel daran, mich auf jede Weiſe wider einen Vorwurf der Art ſicher zu ſtellen — aus Gründen, die gewiß Jedem begreiflich ſind.